Die verdeckte Gewinnausschüttung nach schweizerischem Handelsrecht

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der Würde eines Doctor rerum politicarum
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

DIETER C. PROBST
von Basel und Reigoldswil (BL)

1979

Juris Druck + Verlag Zürich
1981

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548904_0004

Die verdeckte Gewinnausschüttung nach schweizerischem Handelsrecht

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der Würde eines Doctor rerum politicarum
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

DIETER C. PROBST
von Basel und Reigoldswil (BL)

Juris Druck + Verlag Zürich
1981

Die Fakultät hat diese Arbeit am 17. Mai 1979 auf Antrag von Prof. Dr. Christoph von Greyerz als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung zu nehmen.

ISBN 3 260 04879 0

An dieser Stelle gebührt mein aufrichtiger Dank meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Chr. von Greyerz, für die Ueberlassung der Arbeit und deren Durchsicht sowie für das Wohlwollen, das er mir stets entgegengebracht hat.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis I
Abkürzungsverzeichnis IX
Literaturverzeichnis X

Einleitung 1

1. Kapitel: DIE VERDECKTE GEWINNAUSSCHUETTUNG 2
I. Der Begriff 2
A. Vorbemerkungen 2
B. Der Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung in der Literatur 2
C. Der Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung im schweizerischen Recht 5
D. Der Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung im Handelsrecht 7
1. Der handelsrechtliche Gewinnbegriff 7
2. Die Ausschüttung 9
3. Die "verdeckte" Gewinnausschüttung 10
E. Unsere Begriffsumschreibung 11
II. Die einzelnen Begriffselemente 12
A. Objektive Tatbestandsmerkmale 12
1. Die Gesellschaftereigenschaft 12
2. Zuwendungen geldwerter Vorteile 13
a) Veräusserung von Vermögenswerten 15
b) Erwerb von Vermögenswerten 15
c) Geschäftsmässig nicht begründete Aufwendungen 16
d) Ertragsverzicht 17
e) Schuldübernahme 17
3. Ausschluss der Generalversammlung 18
B. Subjektives Tatbestandsmerkmal: Bewusste Vorteilszuwendung 19

III. Beispiele verdeckter Gewinnausschüttung 22
A. Arbeitsleistungsverträge 22
B. Darlehensverhältnisse 24
1. Darlehensgewährung der Gesellschaft an den Gesellschafter 24
2. Darlehensgewährung des Gesellschafters an die Gesellschaft 26
C. Kauf und Tausch 27
D. Miet- und Pachtverhältnisse 29
E. Veränderungen des Grundkapitals 30
1. Kapitalerhöhungen 30
2. Kapitalherabsetzungen 31

2. Kapitel: ALLGEMEINE SCHUTZBESTIMMUNGEN 32
I. Einführende Bemerkungen 32
II. Verletzung der Grundsätze aktienrechtlicher Buchführung und Bilanzierung 34
A. Grundsätze aktienrechtlicher Bilanzierung 34
1. Der Grundsatz der ordnungsgemässen kaufmännischen Buchführung und Bilanzierung 34
2. Die Bilanzvorsicht 35
3. Die Bilanzwahrheit und die Bilanzklarheit 36
a) Die Bilanzwahrheit 36
b) Die Bilanzklarheit 37
c) Die Verletzung des Grundsatzes von Bilanzwahrheit und Bilanzklarheit 37
4. Die Bilanzkontinuität 38
B. Bewertungsgrundsätze 39
1. Grundsätzliche Bemerkungen 39
2. Die speziellen Bewertungsvorschriften für die Aktiengesellschaft 39
a) Die Bewertung der Aktiven 39

aa) Die Bewertung des Anlagevermögens 40
bb) Die Bewertung des Umlaufvermögens 41
cc) Die Bewertung von Wertpapieren 41
b) Die Bewertung der Passiven 42
3. Die Möglichkeit zur Bildung von stillen Reserven 43
a) Begriff und Wesen der stillen Reserven 43
b) Die Schranken der stillen Reservenbildung 44
4. Folgen der Verletzung von Bewertungsvorschriften 45
C. Verletzung der Grundsätze aktienrechtlicher Buchführung und Bilanzierung durch verdeckte Gewinnausschüttung 46
III. Verletzung der Reservenbildungspflicht 51
A. Allgemeine Grundlagen 51
1. Der Begriff 51
2. Die betriebswirtschaftliche Notwendigkeit der Reserven 51
3. Die Arten der Reserven 52
a) Die gesetzlich bedingten Reserven 52
aa) Die erste Zuweisung an den Reservenfonds nach Art. 671 I OR 53
bb) Die zweite Zuweisung an den Reservenfonds nach Art. 671 II OR 54
b) Die freiwilligen Reserven 56
aa) Die statutarischen Reserven 56
bb) Die beschlussmässigen oder ausserordentlichen Reserven 57
B. Beispiel einer Gewinnverteilung 58
C. Die Verwendung der Reserven 59

1. Die Verwendung der gesetzlichen Reserven 59
2. Die Verwendung von statutarischen Reserven 59
3. Die Verwendung beschlussmässiger Reserven 60
D. Rechtsfolgen 60
E. Verletzung der Reservenbildungspflicht durch verdeckte Gewinnausschüttung 61
IV. Verletzung der Schutzbestimmungen über die Erhaltung des Grundkapitals 64
A. Allgemeines 64
B. Die Sicherstellung der effektiven Aufbringung des gezeichneten Kapitals 65
1. Die Notwendigkeit der vollständigen Uebernahme aller Grundkapitalanteile 65
2. Sondertatbestand der qualifizierten Gründung 66
a) Der Begriff 66
b) Die gesetzlichen Schutzbestimmungen 67
c) Der Gegenstand einer Sacheinlage bzw. einer Sachübernahme 68
d) Die Bewertung der Sacheinlagen bzw. Sachübernahmen 69
C. Die Sicherstellung der Erhaltung des Grundkapitals 70
1. Das Verbot der Einlagenrückgewähr 70
2. Das Verbot der Dividendengarantie 72
3. Das Verbot des Erwerbes eigener Aktien 73
D. Verletzung der Schutzbestimmungen über die Erhaltung des Grundkapitals durch verdeckte Gewinnausschüttung 74
1. Grundsätzliche Bemerkungen 74
2. Die qualifizierte Gründung 75

3. Die Einlagenrückgewähr 76
4. Die Dividendengarantie 77
5. Der Erwerb eigener Aktien 78
V. Verletzung der Kompetenzordnung der Organe 81
A. Der Organbegriff 81
B. Die gesetzliche Befugnisse der Organe der Aktiengesellschaft 82
1. Die Befugnisse der Generalversammlung 82
2. Die Befugnisse der Verwaltung 83
3. Die Befugnisse der Kontrollstelle 85
C. Das gegenseitige Verhältnis der Organe 86
1. Das Verhältnis der Generalversammlung zur Verwaltung 86
2. Das Verhältnis der Generalversammlung zur Kontrollstelle 87
3. Das Verhältnis zwischen Verwaltung und Kontrollstelle 88
D. Rechtsfolgen 88
E. Verletzung der Kompetenzordnung durch verdeckte Gewinnausschüttung 89
VI. Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben 92
A. Der Begriff von Treu und Glauben, insbesondere das Verbot des Rechtsmissbrauchs 92
B. Der Tatbestand des Rechtsmissbrauchs, insbesondere des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der Mitglieder der Verwaltung 93
C. Verletzung des Grundsatzes der getreuen und sorgfältigen Geschäftsführung 95
1. Die Unterscheidung zwischen Treue und Sorgfalt 95
2. Die Treuepflicht der Verwaltung 96
a) Die am Treueverhältnis beteiligten Rechtssubjekte 97
aa) Die zur Treue Verpflichteten 97

bb) Die Treueberechtigten 97
b) Der "abhängige" Verwaltungsrat 98
c) Die Folgen der Verletzung der Treuepflicht durch die Verwaltung 99
d) Insich-Geschäfte 100
aa) Begriffsklärung 100
bb) Gesetzgebung und Rechtsprechung 102
cc) Gültigkeitserfordernis für Rechtsgeschäfte zwischen Mitgliedern der Verwaltung und der Aktiengesellschaft 105
dd) Rechtsfolgen 106
3. Die Sorgfaltspflicht 106
D. Die Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung 107
1. Der Begriff der gleichmässigen Behandlung der Aktionäre 107
2. Gesetzgebung und Rechtsprechung 111
3. Rechtsfolgen 114
a) Das Gleichbehandlungsprinzip in den Statuten 114
b) Das Gleichbehandlungsprinzip bei Generalversammlungsbeschlüssen 115
c) Das Gleichbehandlungsprinzip bei Beschlüssen der Verwaltung 115
E. Verdeckte Gewinnausschüttung und der Grundsatz von Treu und Glauben 116
1. Einführende Bemerkungen 116
2. Die Treuepflicht 117
3. Der Grundsatz der Gleichbehandlung 118

4. Kapitel: RECHTSBEHELFE 121
I. Einführende Bemerkungen 121
II. Feststellungsklage: Nichtigkeit 122

A. Voraussetzungen und Wirkungen 122
B. Verdeckte Gewinnausschüttung und Nichtigkeit 123
III. Gestaltungsklage: Anfechtbarkeit 125
A. Voraussetzungen und Wirkungen 125
B. Verdeckte Gewinnausschüttung und Anfechtung 127
IV. Verantwortlichkeitsklage 130
A. Grundsatz 130
B. Die Verantwortlichkeit der Mitglieder der Verwaltung 130
1. Der Personenkreis 130
2. Die Solidarität mehrerer Verantwortlicher 131
C. Die Anspruchsberechtigten 133
D. Mittelbare und unmittelbare Schädigung 134
E. Haftungsvoraussetzungen 135
1. Der Schaden 135
2. Die Widerrechtlichkeit 136
3. Der Kausalzusammenhang 136
4. Das Verschulden 137
F. Haftungsbeschränkungen 137
G. Verdeckte Gewinnausschüttung und Verantwortlichkeitsklage 139
V. Erstattungsklage: ungerechtfertigte Bereicherung 141
A. Bedeutung und Voraussetzung der Obligation aus ungerechtfertigter Bereicherung 141
B. Sondertatbestand der freiwilligen Bezahlung einer Nichtschuld 143
C. Gegenstand und Umfang der Bereicherung 144
D. Der Bereicherungsanspruch 145
E. Gesetzliche Sonderregelung im Aktienrecht 146

1. Die Rückerstattungpflicht gemäss Art. 678 OR 146
a) Die Voraussetzungen für die Rückerstattungspflicht 146
b) Die Aktiv- und Passivlegitimation 147
aa) Die Aktivlegitimation 147
bb) Die Passivlegitimation 148
c) Die Rückerstattung von anderen Leistungen 149
2. Die Rückerstattungspflicht gemäss Art. 679 OR 149
a) Die Voraussetzungen für die Rückerstattungspflicht 149
b) Die Aktiv- und Passivlegitimation 150
aa) Die Aktivlegitimation 150
bb) Die Passivlegitimation 151
F. Verdeckte Gewinnausschüttung und ungerechtfertigte Bereicherung 151

4. Kapitel: ZUSAMMENFASSUNG 154

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen der schweizerischen Eidgenossenschaft
BG	Bundesgesetz
Bd.	Band
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BlZüR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
hrsg.	herausgegeben
Jg.	Jahrgang
lit.	littera
N.	Note
NF.	Neue Folge
Nr.	Nummer
OR	Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Teil: Obligationenrecht vom 30.3.1911/18.12.1936
rev.	revidiert(es)
SAG	Die schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
u.a.	unter anderem
u.E.	unseres Erachtens
vgl.	vergleiche
WStB	Wehrsteuerbeschluss
z.B.	zum Beispiel
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerischen Recht

Literaturverzeichnis

Amberg W., Die Bewertung und Abfindung von Apports bei der Gründung einer Aktiengesellschaft, Winterthur 1963

Amrein F., Publizität und stille Reserven, in SAG 39 (1967)

Bachmann G., Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, 1. Auflage, Zürich 1915

Balastèr P., Die qualifizierte Kapitalerhöhung bei Aktiengesellschaften, Aarau 1953

Bär R., Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, in ZbJV 95 (1959), S. 374ff

Bär R., Verhandlungen Juristenverein, 1966

Becher H., Kommentar zum schweizerischen ZGB, Obligationenrecht, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, Art. 1 - 183, 2. Auflage, Bern 1941

Beeler G., Die Buchführung nach schweizerischem OR, 2. Auflage, Zürich 1945

Beeler G., Schweizerisches Buchführungs- und Bilanzrecht, 2. Auflage, Zürich 1956

Beer M., Der Minderheitenschutz im Aktienrecht, Diss., Bern 1944

Bengs H.E., Die Versteuerung verdeckter Ausschüttungen und verdeckten Gewinnausschüttungen bei Kapitalgesellschaften, in Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung 1938, S. 49ff

Biggel H., Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates gemäss Art. 673ff aOR, 754ff revOR unter Berücksichtigung des geltenden und kommenden deutschen und italienischen Rechts, Diss., Zürich 1940

Blumenstein J., Kommentar zum Bernischen Gesetz über die direkten Staats- und Gemeindesteuern, Bern 1948

Blumer K./Graf A., Kaufmännische Bilanz und Steuerbilanz, 2. Auflage, Zürich 1965

Boemle M., Unternehmungsfinanzierung, Zürich 1971

Bossard E., Die Reserven der Aktiengesellschaft im neuen OR, Bern 1940

Bossard O., Die neue zürcherische Einkommens- und Vermögenssteuer, Zürich 1953

Bruppacher M., Die aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften, Diss., Zürich 1973

Büchler H.P., Das Kontrollrecht des Aktionärs, Diss., Zürich 1971

Budlinger H., Das Recht des Aktionärs auf Anteil am Liquidationsergebnis, Diss., Zürich 1954

Bühler O., Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, Bd. 2, Wiesbaden 1958

Bühler-Scherpf R., Bilanz und Steuer, 7. Auflage, München 1971

von Büren B., Zur Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, in SAG 22 (1949/50), S. 149ff

Bürgi W.F., Ursprung und Bedeutung der Begriffe "Treu und Glauben" und Billigkeit, Bern 1939

Bürgi W.F., Zum Problem des Minderheitenschutzes im schweizerischen Aktienrecht, in SAG 29 (1956/57), S. 81ff und S. 159ff

Bürgi W.F., Aktuelle Fragen des Aktienrechtes, in SAG 30 (1957/58), S. 106ff

Bürgi W.F., Bedeutung und Grenzen der Interessenabwägung bei der Beurteilung gesellschaftsrechtlicher Probleme, in Festschrift Carry P., Genève 1964

Bürgi W.F., Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 5.Teil: Die Aktiengesellschaft, Zürich 1957

Bürgi W.F., Zur Frage der Zuständigkeit bei der Festsetzung von Tantièmen und festen Gehältern für die Verwaltung, in SAG 21 (1948/49), S. 165ff

Caflisch S., Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der AG, Diss., Zürich 1961

Dober W., Publizität und Grundsätze der Bilanzwahrheit und Bilanzklarheit, in SAG 37 (1965), S. 161ff

Dohm J., Les accords sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire, Etude de droit suisse et allemand, Diss., Genève 1971

Döllerer G., Fragen der verdeckten Gewinnausschüttung der Aktiengesellschaft, in Betriebsberater 1967, S. 1441

Edelmann A., Der unberechtigte Empfang von Zinsen und Gewinnanteilen bei der Aktiengesellschaft und der GmbH, Diss., Fribourg 1941

Egger A., Die Aktiengesellschaft und das rev. schweizerische OR, in SJZ (1937/38), S. 11ff

Egger A., Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht, in ZSR NF 45 (1926), S. 1ff

Egger A., Missbrauch der Vertretungsmacht, in Festgabe Wieland K., Basel 1934

Egger A., Kommentar zum schweizerischen ZGB, Einleitung und Personenrecht, 2. Auflage, Zürich 1930

Egger J.G., Das Dividendenbezugsrecht des Aktionärs, 2. Auflage, Berlin 1930

Ehrbar M., Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, Diss., Zürich 1941

Eiser E., Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der eingetragenen Genossenschaft, Heft 12 der gesellschaftsrechtlichen Abhandlungen, Berlin 1930

Ensslin R., Das Recht auf Anfechtung gesetz- und statutenwidriger Generalversammlungsbeschlüsse, Diss., Zürich 1930

Ermann W., Handkommentar zum BGB, 3. Auflage, Münster/Westfalen 1962

Felber R., Die Direktion der AG, Diss., Zürich 1949

Felix G., Verdeckte Gewinnausschüttungen an Nichtgesellschafter, in Steuerberater-Jahrbuch 1954/55, S. 278ff

Feldmann H., Beschluss und Einzelstimme im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Diss., Bern 1954

Folliet E., Le bilan dans les sociétés anonymes, du point de vue juridique et comptable, 6ième éd., Lausanne 1954

Folliet E., Liquidation de la société anonyme, in semaine judiciaire 72 (1950), S. 385ff

Foillet E., Le contrôleur dans les sociétés anonymes, Genève 1957

Forstmoser P./Meier-Hayoz A., Einführung in das schweizerische Aktienrecht, Bern 1976

Frei U.G., Nichtige Beschlüsse der Generalversammlung einer AG, Zürich 1962

Frick E., Der unmittelbare und mittelbare Schaden im Verantwortlichkeitsrecht der Aktiengesellschaft, Zürich 1955

Fröhlich E., Die verdeckte Gewinnausschüttung. Eine rechtssystematische Untersuchung, München 1968

Funk F., Kommentar des Obligationenrechtes, 2. Band, Das Recht der Gesellschaften, Erster Teil, Aarau 1951

Furter H., Die Abberufung und die Demission der Organe der AG, insbesondere der Verwaltung, Diss., Basel 1958

Gamma R., Die persönlichen Mitgliedschaftsrechte in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss., Bern 1944

Gautschi G., Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394 - 406 OR, 2. Auflage, Bern 1960

Gautschi G., Fiduziarische Rechtsverhältnisse besonderer Art, in SJZ 45 (1949), S. 301ff

Geilinger U., Die erschwerten Beschlüsse der Generalversammlung der Aktionäre. Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, NF Heft 147, Aarau 1948

Glade A., Die einkommens- und körperschaftssteuerliche Behandlung von verdeckten Zuwendungen zwischen Kapitalgesellschaften und ihren Gesellschaftern, in Beilage zu Finanz-Rundschau 1/1966, S. 3ff

Glattfelder H., Die Aktionärsbindungsverträge, in ZSR NF 78, II. Halbband (1959), S. 141aff

Gloor O., Der leichtsinnige und betrügerische Bankerott bei Aktiengesellschaften, in SAG 5 (1932/33), S. 57ff

Goldschmidt R., Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechtes, Veröffentlichungen der Handels-Hochschule St. Gallen, Reihe A, Heft 12, St. Gallen 1937

Guldener M., Das schweizerische Zivilprozessrecht, Erster Band, Zürich 1947

Guhl T., Das neue Aktiengesellschafts- und Genossenschaftsrecht der Schweiz, Zürich 1937

Guhl T./Merz H./Kummer M., Das schweizerische Obligationenrecht, 6. Auflage, Zürich 1972

Gygax E., Schweizerisches Steuerlexikon, Band 2, 7. Auflage, Zürich 1967

Hartmann R., Der Organbegriff bei der AG, Bern 1945

Hax K., Die Substanzerhaltung der Betriebe, Köln/Opladen 1957

Heggli J., Die Verbuchung von Gewinnanteilen des Verwaltungsrates, in SAG 14 (1941/42), S. 99ff

Heilbrunn O., Die Auskunftspflicht der Verwaltung gegenüber der Kontrollstelle, in SJZ 34 (1937/38), S. 263ff

Hellmüller H., Die stillen Reserven der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss., Bern 1947

Henggeler J., Verdeckte Gewinnausschüttungen der AG, in SAG 14 (1941/42), S. 50ff

Bernoulli J., Das Dividendenrecht von Aktionär-Minderheiten, in SAG 12 (1939/40), S. 69ff und S. 89ff

Bernoulli J. und F., Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten nach dem schweizerischen Bankengesetz und dem neuen schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1937

Bess R., Der Umfang der Vertretungsmacht der Verwaltung, Diss., Zürich 1937

Bauer J., Steuerfälle durch das geltende Einkommenssteuerrecht, in Steuerberater-Jahrbuch 1959/60, S. 353ff

Bauer J., Uebernahme ungewisser Forderungen und Verbindlichkeiten zu Gunsten eines Gesellschafters als verdeckte Gewinnausschüttung, in Der Betrieb Nr. 44 (1967), S. 1872ff

Bis E., Kommentar zum OR, 4. Abteilung, Titel XXX - XXXIII, Bern 1940

Bottmann R., Darlehen an den Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft als verdeckte Gewinnausschüttung, in Finanz-Rundschau 1959, S. 112

Bolzach C., Der Ausschuss des Verwaltungsrates der AG und die Haftungsverhältnisse bei verwaltungsratsinternen Delegierungen, Diss., Basel 1960

Huber K., Die qualifizierte Gründung der GmbH, Diss., Bern 1939

Jäggi P., Ein Gerichtsurteil über den "abhängigen" Verwaltungsrat, in SJZ 56 (1960), S. 1ff

Jaccetti C., Die Nichtigkeit von Massnahmen der Verwaltung, Winterthur 1958

Imboden M., Die gesetzmässigen Voraussetzungen einer Besteuerung verdeckter Gewinnausschüttungen, in Archiv für schweizerisches Abgaberecht Band 31 (1962/63), S. 177ff

Jolidon P., Action en annulation des décisions de l'assemblée générale ou action en responsabilité contre les administrateurs, in Festschrift Bürgi W.F., Zürich 1971

Kaeslin F., Die Aktiengesellschaft und die Verantwortlichkeit der Verwaltung, Diss., Bern 1941

Kafer K., Die Unternehmung, in Schweizerische Zeitschrift für Betriebswissenschaft 20 (1966), S. 14ff

Käfer K., Stille Reserven, in SAG 48 (1976), S. 54

Känzig E., Wehrsteuer, Ergänzungsband, 2. Auflage, Basel 1972

Känzig E., Bilanz und Steuer, Vorlesungsunterlagen

Känzig E., Die Sacheinlage nach Aktien- und Steuerrecht, in SAG 38 (1966), S. 161

Kaufmann O.K., Das Recht auf Dividende, Diss., St. Gallen 1947

Kohler F., Die Anfechtung von Beschlüssen der Verwaltung, Diss., Bern 1950

Kummer M., Die Gleichbehandlung der Genossenschafter gemäss Art. 854 OR untersucht für die verschiedenen Arten von Genossenschaften, Bern 1949

Kupper W., Stille Reserven und Aktionärsinteressen, Diss., Zürich 1967

Lange J., Verdeckte Gewinnausschüttungen. Eine systematische Darstellung der Voraussetzungen und Auswirkungen, 4. Auflage, Herne/Berlin 1973

Lanz P., Die Bedeutung der Gesetzesmaterialien für die Auslegung des neuen Aktienrechtes, in SAG 11 (1938/39), S. 13ff

Lemp P., Vertragsabschluss durch Organe in Doppelstellung, in Festgabe Schönenberger, Fribourg 1968

Littmann E., Das Einkommensteuerrecht, Kommentar zum Einkommenssteuergesetz, 8. Auflage, Stuttgart 1966

Masshardt H., Kommentar zur eidg. Wehrsteuer 1971 - 1982, Zürich 1972

Maurer F., Das Recht auf den Liquidationsanteil, Diss., Bern 1951

Meier-Hayoz A., Der Zug zur personalistischen Personengesellschaft in der Schweiz, in Gedenkschrift Gschnitzer F., Insbruck 1969

Meier-Wehrli J., Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer AG bzw. einer Bank gemäss Art. 754ff OR/ 41ff Bankengesetz, Diss., Zürich 1968

Mellerowicz K., Wert und Wertung im Betrieb, Essen 1952

Merz H., Berner Kommentar, Schweizerisches ZGB, Einleitung, Art. 1 - 10 ZGB, Bern 1962

Meyer R.A., Dividendenpolitik in Familienaktiengesellschaften, Diss., Basel 1974

Meyer K., Die rechtliche Stellung des Delegierten des Verwaltungsrates nach schweizerischem Recht, Diss., Zürich 1946

Mijalkovic V., Die wirtschaftliche und rechtliche Stellung des Kleinaktionärs, Bern 1941

Mohr J.P., Die Abgrenzung der Befugnisse der Generalversammlung und des Verwaltungsrates der AG, Zürich 1948

Moser E., Die Ausübung des Aktienstimmrechtes nach schweiz. sowie deutschem und italienischem Recht, Diss., Zürich 1945

Naegeli E., Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform der Kartelle, Konzerne und anderer Unternehmungszusammenfassungen, Band 2, Zürich 1941

Nicklisch H., Wirtschaftliche Betriebslehre, 5. Auflage, Stuttgart 1922

Oftinger K., Schweizerisches Haftpflichtrecht I, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1968

Oser H./Schönenberger W., Kommentar zum schweizerischen ZGB, V. Band: Das OR, 1. Halbband, 2. Auflage, Zürich 1929

Patry R., Les accords sur l'exercice des droits de l'actionnaire, in ZSR NF 78, II. Halbband (1959), S. 1aff

Pedrazzini M., Gesellschaftsrechtliche Entscheide, Bern 1974

Pestalozzi A., Die verdeckte Gewinnausschüttung im Steuerrecht, Diss., Basel 1947

Petitpierre-Sauvain A., Droit des sociétés et groupes de sociétés, Schweizerische Beiträge zum Europarecht, Band 7, Genf 1972

Peyer R., Nichtige und anfechtbare Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss., Zürich 1944

Pfund W.R., Verrechnungssteuer, 1. Teil, Basel 1971

Plangg U., Die Anfechtung von GV-Beschlüssen durch die Verwaltung, Diss., Zürich 1960

Picenoni V., Rechtsformen konzernmässiger Abhängigkeit, in ZSR 51 (1955), S. 321ff

Portmann R., Das Selbstkontrahieren des Vertreters, Diss., Zürich 1941

Prym R.J., Die verdeckte Gewinnausschüttung nach deutschem und schweizerischem Steuerrecht, Diss., Bern 1976

Reichmuth A., Bewertungsgrundsätze für die Bilanz der Aktiengesellschaft, Diss., Lachen 1951

Reichwein H., Ueber die Solidarhaftung der Verwaltungsräte der AG und ihre Beschränkung, in SJZ 1968, S. 29ff

Reimann A./Zuppinger F./Schärer E., Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Band III, Bern 1969

Rieger W., Einführung in die Privatwirtschaftslehre, 2. Auflage, Erlangen 1959

Rulf H., Minderheitenschutz im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, Diss., Basel 1961

von Salis R., Das autorisierte Kapital, Diss., Zürich 1937

Schenk P., Die Verantwortlichkeit in der AG, 3. Auflage, Zürich 1974

Schluep W.R., Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss., St. Gallen 1955

Schluep W.R., Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen, in SAG 33 (1960/61), S. 137ff

Schmalenbach E., Dynamische Bilanz, 13. Auflage, Köln und Opladen 1962

Schmid W., Das feste Grundkapital, Diss., Zürich 1948

Schmid F., Die organische Tageswertbilanz, Wiesbaden 1951

Schmid R.M., Die Bilanzierung des Anlage- und Umlaufvermögens nach schweizerischem Aktienrecht, Zürich 1958

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907

Schweizerisches Zivilgesetzbuch, fünfter Teil: Obligationenrecht vom 30.3.1911/18.12.1936

Schulthess B., Die Funktionen der Verwaltung der AG, Diss., Zürich 1967

Schulz-Dornburg St., Die Verwaltung der AG in Deutschland und in der Schweiz, Diss., Zürich 1966

Schucany E., Zur Frage der rechtlichen Stellung des "abhängigen Verwaltungsrates", in SAG 27 (1954/55), S. 109ff

Schucany E., Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. Auflage, Zürich 1960

Senn G., Die Verantwortlichkeit der Organe einer AG und einer Kommandit-Aktiengesellschaft, Diss., Basel 1947

Siegwart A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Zürich 1945

Siegwart A., Die Anfechtung von Beschlüssen der Verwaltung einer Aktiengesellschaft, in SJZ 39 (1942/43), S. 421ff

de Senarclens J., Les réserves des sociétées anonymes, Lausanne 1943

Soergel H.T./Schultze-von Lascaulx, Kommentar zum BGB, I. Band, 9. Auflage, Stuttgart 1959

Spiess A., Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung der Aktionäre, Diss., Zürich 1941

Stadlin P., Ueber die Anpassung der Statuten von Aktiengesellschaften an das revidierte Obligationenrecht, in SJZ 43 (1947), S. 65ff

Staehelin M. jun., Die Reserven der Aktiengesellschaft, in ZSR NF 58 (1939), S. 117aff

Staehelin M. jun., Die Bedeutung der Materialien für die Auslegung des neuen Obligationenrechtes, in ZSR NF 58 (1939), S. 19ff

Staehelin M. sen., in Sieben Vorträge über das neue OR, Basel 1937

Stauffer W., Dürfen Schiedsgerichte Anfechtungsklagen nach Art. 706 OR beurteilen?, in SJZ 43 (1947), S. 213ff

Stebler O., Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen des Verwaltungrates der AG, Diss., Fribourg 1944

Steiger K., Der Anspruch des Aktionärs auf Dividende, Diss., Bern 1947

von Steiger W., Probleme des Mitbestimmungsrechtes der Arbeitnehmer, in ZbJV 91 (1955), S. 1ff

von Steiger W., Ueber die Verantwortung des Hauptaktionärs, in Festgabe Gutzwiller, Basel 1959

von Steiger W., Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz, in ZSR NF 62 (1943), S. 195aff

von Steiger F., Die sog. Bauzinsen bei der Aktiengesellschaft, in SAG 10 (1937/38), S. 141ff

von Steiger F., Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. Auflage, Zürich 1946

Steiner E., Von den Sanktionen im Aktienrecht, in SAG 12 (1939/40), S. 75ff

Steiner E., Der Minderheitenschutz im Aktienrecht, in SAG 31 (1958/59), S. 28ff

Stockmann H., Zum Problem der Gleichbehandlung der Aktionäre, in Festgabe zum 70. Geburtstag von Bürgi W.F., Zürich 1971

Studer W., Das schweizerische Bilanzsteuerrecht, Basel 1968

Thalmann A., Die Treuepflicht der Verwaltung der Aktiengesellschaft, Diss., Bern 1975

Thalmann A., in Sten Bulletin, StR 1931, S. 406ff

Trumpler H., Die Bilanz der Aktiengesellschaft, Basel 1950

von Tuhr A./Siegwart A., Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechtes, 2. Auflage, Zürich 1944

Tuor D., Das Recht des Aktionärs auf Dividende, Bern 1950

Vilbinger H., Die Schranken der Mehrheitsherrschaft im Aktienrecht und Konzernrecht, Freiburg i.B. 1941

Vischer F., Die Stellung der Verwaltung und die Grenzen der Delegationsmöglichkeit bei der grossen AG, in Festschrift Schönenberger W., Fribourg 1968

von Waldkirch B., Die Handlungsfähigkeit der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, Diss., Bern 1953

Wehrli U., Gleichmässige Behandlung der Aktionäre, in SAG 16 (1943/44), S. 189ff

Wehrli U., Der fehlerhafte Verwaltungsratsbeschluss einer AG, in SJZ 40 (1944), S. 100ff

Weiss G., Die nichtentziehbaren Rechte des Aktionärs, in SJZ 33 (1942/43), S. 519ff

Weiss G., Zum Schweizerischen Aktienrecht, in Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 385, Bern 1968, S, 77ff

Westerfelhaus H./Glade A., Verdeckte Gewinnausschüttung als steuerrechtliches und betriebswirtschaftliches Problem, 2. Auflage, Düsseldorf 1961

Wettstein G., Die nichtvolleinbezahlte Aktie, Diss., Zürich 1948

Wieland A., Zum Auskunftsrecht des Aktionärs über die stillen Reserven der AG, in SAG 28 (1955/56), S. 193ff

Wieland A., Handelsrecht, Band 2: Die Kapitalgesellschaften, München/Leipzig 1931

Wohlmann H., Die Treuepflicht des Aktionärs, Diss., Zürich 1968

Wolf E., Die Stellung des Verwaltungsrates und des Aktionärs bei Interessenkollisionen mit der AG, in SAG 11 (1938/39), S. 33ff

Zellweger H.J., Haftungsbeschränkung und Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der AG, Diss., Bern 1972

Zimmermann H., Zur Frage der Möglichkeit der Schadenersatzklage gegen die Gesellschaft, in SAG 18 (1945/46), S. 117ff und S. 143ff

Zimmermann H., Grundfragen der Stellung der Verwaltungsratmitglieder, Direktoren und Prokuristen der AG in Gesetz und Praxis, in Die AG im neuen OR, Heft 9, Zürich 1946, S. 37ff

Zumstein J., Du caractère institutionnel de la société anonyme, Diss., Lausanne 1954

Einleitung

Die verdeckte Gewinnausschüttung als rechtlicher Tatbestand und Begriff wurde bisher in der Literatur beinahe ausschliesslich als steuerrechtliches Problem behandelt. Dies deshalb, weil normalerweise Gewinne verdeckt ausgeschüttet werden, um der doppelten Besteuerung von Gesellschaft und Gesellschafter zu entgehen. Der Gewinn wird aus diesem Grunde nicht offen, sondern in Form von Kauf-, Anstellungs-, Miet- oder Darlehensverträgen an die Gesellschafter verteilt.

Es muss davon ausgegangen werden, dass solche Rechtsgeschäfte wie sie einer verdeckten Gewinnausschüttung zugrunde liegen nicht nur einer steuerrechtlichen Beurteilung bedürfen, sondern gleichfalls anhand der handelsrechtlichen Gesetzgebung überprüft werden müssen.

Diese Ueberprüfung anhand des Handelsrechtes soll Gegenstand dieser Arbeit sein. Als Grundlage ist dazu vorerst eine Begriffsbestimmung erforderlich, d.h. es ist eine für die handelsrechtliche Betrachtung brauchbare Umschreibung des Tatbestandes der verdeckten Gewinnausschüttung zu finden. Anschliessend sollen anhand einiger praktischer Beispiele Rechtsgeschäfte aufgezeigt werden, die eine verdeckte Gewinnausschüttung beinhalten. Im zweiten Kapitel wird untersucht, in welchem Sinne das Aktienrecht Dritten, d.h. insbesondere Minderheitsaktionären und Gläubigern, Schutz bietet gegen Schädigungen, die ihnen durch verdeckte Gewinnausschüttungen entstehen. Schliesslich wird im dritten Kapitel der Frage nachgegangen, welche Sanktionsmöglichkeiten der Gesellschaft, den Gesellschaftern und Dritten zustehen, wenn ihnen durch verdeckte Gewinnausschüttung Schaden entstanden ist.

Die vorliegende Arbeit beschränkt sich auf die Behandlung der Aktiengesellschaft, da insbesondere bei ihr der Fall einer verdeckten Gewinnausschüttung aus handelsrechtlicher Sicht von besonderer Bedeutung ist.

1. Kapitel: DIE VERDECKTE GEWINNAUSSCHUETTUNG

I. Der Begriff

A. Vorbemerkungen

Vorerst soll eine Begriffsumschreibung der verdeckten Gewinnausschüttung, die als Grundlage für die gesamte Arbeit dienen soll, gefunden werden. Dabei stösst man aber auf etliche Probleme, lässt sich doch kaum exakt und umfassend ein Begriff finden, der alle Möglichkeiten des Tatbestandes der verdeckten Gewinnausschüttung in sich schliesst. Die Schwierigkeit der Rechtslage der verdeckten Gewinnausschüttung liegt darin, dass unter ihren Begriff die allerverschiedensten wirtschaftlichen Vorgänge fallen können. (1)

Anhand der in der Literatur und Rechtsprechung verwendeten Begriffsumschreibungen soll im weiteren eine für die handelsrechtliche Betrachtung taugliche Umschreibung des Begriffs der verdeckten Gewinnausschüttung abgeleitet werden.

B. Der Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung in der Literatur

Nach Bühler (2) liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung in "jeder Zuwendung von Vorteilen an Gesellschafter, die an Nichtgesellschafter nicht gemacht würden."

Eine andere Definition gibt Gygax (3): "Unter verdeckter

(1) Henggeler J., Verdeckte Gewinnausschüttung der AG, in: SAG 14 (1941/42) S. 52

(2) Bühler O., Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, S. 154

(3) Gygax E., Schweizerisches Steuerlexikon, Band 2, S. 49

Gewinnausschüttung versteht man unentgeltliche Zuwendungen der Aktiengesellschaft, GmbH oder Genossenschaften an die Aktionäre oder Gesellschafter, d.h. Zuwendungen, die sich einzig oder doch vorwiegend aus dem Beteiligungsverhältnis erklären. Letzteres wird dann angenommen, wenn die Zuwendungen einem unbeteiligten Dritten unter im übrigen gleichen Umständen nicht oder nicht in gleichem Umfang zugebilligt worden wären."

In ähnlicher Weise wie bei Gygax lautet die Definition von Imboden (1), dessen Umschreibung Masshardt (2) fast wörtlich übernimmt. Die Definition erhält dahingehend eine Erweiterung, dass die Zuwendung auch an den Gesellschaftern oder der Gesellschaft nahestehende Personen erfolgen kann. Imboden sagt: "Verdeckte Gewinnausschüttungen sind geldwerte Leistungen, die eine Gesellschaft ihren Gesellschaftern oder ihr oder ihren Gesellschaftern nahestehenden Personen ohne entsprechende Gegenleistung zuwendet, aber unbeteiligten Dritten unter gleichen Umständen nicht erbringen würde."

Unserer Meinung nach gehen die obenerwähnten Definitionen zuwenig auf den entscheidenden Tatbestand ein, dass die Gewinnausschüttung verdeckt erfolgt. Känzig (3) kommt diesem Begriffsmerkmal näher, indem er von Leistungen im Zusammenhang mit unsachgemässem Geschäftsgebahren spricht. Nach Känzig ist eine verdeckte Gewinnausschüttung dann anzunehmen, "wenn eine Aktiengesellschaft einem Aktionär direkt oder indirekt (über eine ihm nahestehende Person oder

(1) Imboden M., Die gesetzmässigen Voraussetzungen einer Besteuerung verdeckter Gewinnausschüttungen, in: Archiv für schweizerisches Abgaberecht, Bd. 31 (1962/63) S. 177

(2) Masshardt H., Kommentar zur eidg. Wehrsteuer, S. 219

(3) Känzig E., Wehrsteuer, Ergänzungsband, S. 169

Unternehmung) ohne entsprechende Gegenleistung, eine Leistung ausgerichtet hat, die insofern ungewöhnlich und mit einem sachgemässen Geschäftsgebahren nicht vereinbar ist, als sie einer der Gesellschaft fernstehenden Person nicht oder nicht in gleichem Umfang gewährt worden wäre."

Die Umschreibung von Reimann/Zuppinger/Schärrer (1) ist inhaltsreicher, unserer Meinung jedoch zu umständlich, indem sie zwischen verdeckter Gewinnausschüttung im engeren und weiteren Sinne unterscheidet. Interessant ist, dass sie eine klare Trennung zwischen offener und verdeckter Gewinnausschüttung vornehmen. Ihre Umschreibung lautet: "Im Unterschied zu den offenen Gewinnausschüttungen werden die verdeckt ausgeschütteten Gewinne in der Jahresrechnung der Unternehmung und in der darauf beruhenden Aufstellung über die Gewinnverteilung nicht als Gewinn ausgewiesen.
Die verdeckte Gewinnausschüttung im weiteren Sinne beinhaltet die verdeckte Gewinnausschüttung im engeren Sinne, nämlich die eigentliche Ausschüttung, und die Gewinnvorwegnahme.

Die verdeckten Gewinnausschüttungen im engeren Sinne bestehen darin, dass die Unternehmung entweder eine Leistung erbringt, der keine oder keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht. Sie werden in der Unternehmung als Gewinnungskosten oder als Erlös- bzw. Ertragsschmälerungen verbucht. Die Gewinnausschüttung ist verborgen.

Die Gewinnvorwegnahme besteht im Erlös bzw. Ertrag, der der Unternehmung zusteht bei ihr aber nicht eingeht und nicht verbucht, sondern direkt dem Gewinnempfänger zugeleitet wird. Eine Gewinnvorwegnahme liegt auch vor, wenn der Erlös bzw. Ertrag zwar vereinnahmt und verbucht wird, aber auf einer Vereinbarung beruht, mit der die Unternehmung benachteiligt und andere Vertragspartner bevorteilt werden. Die Gewinnausschüttung ist überhaupt nicht verbucht.

(1) Reimann A./Zuppinger F./Schärrer E., Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Band III, S. 137

Bei den verdeckten Gewinnausschüttungen im weiteren Sinne handelt es sich daher stets um geldwerte Vorteile, die in dem Umfange gewährt werden, als die von der Unternehmung erbrachte Leistung bzw. der Verzicht auf Leistungsempfang nicht geschäftsmässig begründet ist."

Pfund (1) weist richtigerweise darauf hin, dass der Ausdruck verdeckte Gewinnausschüttung nicht besonders glücklich sei, da eben auch Leistungen darunter fallen können, die nicht verdeckt, sondern offen erbracht werden. Verdeckt sei meistens nur der Charakter als "Gewinn"-Ausschüttung, indem es sich um eine Zuwendung handelt, die mit einem Vorgang (Salär, Darlehenszins, Lizenz usw.) vermengt und bemäntelt werde.

C. Der Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung im schweizerischen Recht

Das schweizerische Recht kennt keine Legaldefinition der verdeckten Gewinnausschüttung. Es wird lediglich der Begriff in verschiedenen Gesetzen, insbesondere des Einkommens- und Ertragssteuerrechtes, umschrieben.

So sieht beispielsweise der Wehrsteuerbeschluss (2) in Art. 49 I vor, dass neben dem ausgewiesenen Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung und allfälligen nicht geschäftsmässig begründeten Abschreibungen und Rückstellungen "alle vor Berechnung des Saldos der Gewinn- und Verlustrechnung ausgeschiedenen Teile des Geschäftsergebnisses, die nicht zur Deckung geschäftsmässig begründeter Unkosten verwendet werden" für die Berechnung des steuerbaren Reinertrages in Betracht fallen.

(1) Pfund R., Verrechnungssteuer, 1. Teil, S. 117

(2) vgl. Bundesbeschluss über die Erhebung einer Wehrsteuer vom 9. Dezember 1940

Ausserdem bestimmt die zürcherische Vollziehungsverordnung (1) zum Gesetz über die direkten Steuern in § 45 lit. b, dass "offene und verdeckte Gewinnausschüttungen jeder Art, gleichgültig ob sie in bar oder natura erfolgen (Gewinnanteile, Tantièmen, übermässige Gehälter, Zinsen, Provisionen, übernommene Verrechnungssteuern auf eigene Dividenden, geldwerte Leistungen usw.) oder im Verzicht auf Leistungen Dritter bestehen (zinslose Darlehen usw.)" geschäftsmässig nicht begründete Belastungen der Gewinn- und Verlustrechnung darstellen.

Schliesslich enthält die Vollziehungsverordnung (2) zum Verrechnungssteuergesetz in Art. 20 I die Bestimmung, wonach "steuerbarer Ertrag von Aktien, Anteilen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaftsanteilen, jede geldwerte Leistung der Gesellschaft oder Genossenschaft an die Inhaber gesellschaftlicher Beteiligungsrechte oder an ihnen nahestehende Dritte, die sich nicht als Rückzahlung der im Zeitpunkt der Leistung bestehenden Anteile am einbezahlten Grund- oder Stammkapital darstellt." (Bonus, Gratisaktien, Liquidationsüberschüsse und dgl.)

Es scheint, dass all diese gesetzlichen Regelungen sich als ergänzungsbedürftige Begriffsumschreibungen für die Praxis erwiesen haben, verlangt doch das Bundesgericht (3) in Erweiterung folgende drei Tatbestandsvoraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen, zur Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung:

1. Die Gesellschaft hat eine Leistung ohne entsprechende Gegenleistung ausgerichtet, wonach das in der Gewinn-

(1) vgl. Kanton Zürich, Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die direkten Steuern vom 26. November 1951

(2) vgl. Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer vom 19. Dezember 1966

(3) vgl. Bger. v. 27.9.1946, Archiv Bd. 15, S. 240; Bger. v. 8.5.1953, Archiv Bd. 22, S. 487; Bger. v. 13.7.1956, Archiv Bd. 25, S. 434; Bger. v. 18.9.1959, Archiv Bd. 28, S. 396; Bger. v. 7.12.1962, Archiv Bd. 32, S. 106

und Verlustrechnung ausgewiesene Geschäftsergebnis vermindert worden ist.

2. Mit der Leistung ist ein Mitglied der Gesellschaft direkt oder indirekt (z.B. über eine ihm nahestehende Person oder Unternehmung) begünstigt worden oder hat einen Vorteil erhalten, der einer der Gesellschaft fernstehenden Person nicht oder nicht in gleichem Umfang gewährt worden wäre. Die Leistung ist also insofern ungewöhnlich und mit einem sachgemässen Geschäftsgebahren nicht vereinbar.

3. Dieser Charakter der Leistung war für die handelnden Organe der Gesellschaft erkennbar, sodass angenommen werden kann, es sei eine Begünstigung beabsichtigt gewesen.

D. Der Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung im Handelsrecht

Die obigen Begriffsumschreibungen sind allesamt Inhalt von Steuergesetzgebungen und daher nicht unbedingt zweckmässig für die handelsrechtliche Beurteilung der verdeckten Gewinnausschüttung.

Es sollen nun die charakteristischen Wesensmerkmale der verdeckten Gewinnausschüttung anhand ihrer drei Teilbegriffe erläutert werden. Es wird also versucht, den handelsrechtlichen Gewinnbegriff zu erläutern, das Wesen der Ausschüttung darzulegen und schliesslich zu bestimmen, was unter einer Gewinnausschüttung zu verstehen ist, die verdeckt erfolgt.

1. Der handelsrechtliche Gewinnbegriff

Unter dem handelsrechtlichen Reingewinn ist ein Vermögens-

stand und nicht etwa ein Betriebsgewinn zu verstehen. Es handelt sich dabei um den Ueberschuss der Aktiven über die Passiven, wenn Grundkapital, Reserven und ähnliche Fonds unter die letzteren eingestellt werden. Er kann demnach aus dem Betrieb, aus Vermögenszuwachs oder auch aus blossen Buchoperationen wie beispielsweise einem Uebertrag vom Vorjahre stammen. (1) Der Reingewinn kann daher als Gewinnsaldo der Bilanz angesehen werden. (2)

Um sich Klarheit über das Wesen des Gewinnes zu verschaffen, ist eine betriebswirtschaftliche Analyse erforderlich. Der Kapitalbetrag, der von den Aktionären einer Unternehmung zu Beginn ihrer Tätigkeit zur Verfügung gestellt wird, kann als Ausgangskapital bezeichnet werden. Dieses einbezahlte Kapital stellt einerseits Grundkapital, bei Ueberpari-Emissionen andererseits gesetzliche Reserve dar. Durch die Unternehmungstätigkeit wird jedoch die Höhe des Ausgangskapitals laufend verändert. Dies kann einerseits durch nochmalige, zusätzliche Kapitalzuführung erfolgen, andererseits entsteht eine Kapitalvermehrung durch die erzielten und einbehaltenen Gewinne.

Dem finanzwirtschaftlichen Begriff dieses erarbeiteten Eigenkapitals entspricht der im Aktienrecht und in der Bilanztechnik verwendete Begriff der Reserven oder Rücklagen.(3) Dabei ist aber zu beachten, dass das erarbeitete Kapital nur eine Rechnungsgrösse ist, der auf der Aktivseite keine bestimmten Vermögensteile zugeordnet werden können.

Das Eigenkapital einer Aktiengesellschaft lässt sich daher eindeutig in das einbezahlte und in das erarbeitete Kapital unterteilen, wobei das erarbeitete Kapital aus ein-

(1) Bürgi W.F., Kommentar, Art. 662 OR, N. 4
vgl. BGE 51 II 435; 53 II 259

(2) Egger J.G., Das Dividendenrecht des Aktionärs, S. 25

(3) Boemle M., Unternehmungsfinanzierungen, S. 19

behaltenen Gewinnen entstanden ist. (1) Der handelsrechtliche Gewinn stellt daher einen Teil des erarbeiteten Kapitals einer bestimmten Periode dar, der sich vom effektiv erarbeiteten Kapital durch die gebildeten und aufgelösten stillen Reserven unterscheidet. Es scheint klar zu sein, dass eben nicht immer und unbedingt der tatsächlich erwirtschaftete Gewinn eines jeden Jahres in der Bilanz ausgewiesen und an die Gesellschafter ausgeschüttet werden kann. Ein Teil des Gewinnes, unabhängig der gesetzlichen und statutarischen Reservebildungen, muss in der Regel der Unternehmung erhalten bleiben, da Erweiterungen und Neuanschaffungen vorzunehmen und zu finanzieren sind.

Es handelt sich daher beim handelsrechtlichen Gewinn lediglich um einen Posten in der Bilanz, der besagt, welcher Teil des erwirtschafteten Gewinnes von der Verwaltung zur Verteilung frei gegeben worden ist. (2)

2. Die Ausschüttung

Die Aktiengesellschaft kennt zwei Arten der Ausschüttung, einerseits die Ausschüttung des einbezahlten Kapitals und andererseits die Ausschüttung des erarbeiteten Kapitals.

(1) Trumpler H., Die Bilanz der Aktiengesellschaft, S. 220

(2) Die Diskussion im Zusammenhang mit der betriebswirtschaftlichen Gewinnermittlung über Substanz- oder Kapitalerhaltung wird hier bewusst umgangen. Vgl. dazu:
Rieger W., Einführung in die Betriebswirtschaftslehre
Schmalenbach E., Dynamische Bilanz
Hax K., Die Substanzerhaltung der Betriebe
Walb E., Kaufmännische Betriebswirtschaftslehre
Schmidt F., Die organische Tageswertbilanz
Nicklisch H., Wirtschaftliche Betriebslehre

Eine Ausschüttung von einbezahltem Kapital liegt vor, wenn den Aktionären ihre Einlagen ganz oder zum Teil zurückbezahlt werden. Dies ist nach dem Gesetz nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen zulässig, insbesondere ist die Einhaltung ganz bestimmter Gläubigerschutzbestimmungen erforderlich.

Eine Ausschüttung von erarbeitetem Kapital liegt vor, wenn offen oder verdeckt Gewinne verteilt werden. Auch für die Gewinnverteilung hat der Gesetzgeber Bestimmungen erlassen. Einerseits legt er zwingend fest, welches Organ der Aktiengesellschaft über die Gewinnverteilung zu beschliessen hat, andererseits stellt er Bestimmungen über die Verteilung an sich auf.

Begriffsmerkmal jeder Ausschüttung ist, dass dem Reinvermögen der Gesellschaft Werte entzogen werden. Dabei ist aber klar zu erkennen, dass ein derartiger Tatbestand nur einen Teil der möglichen verdeckten Gewinnausschüttungen erfassen kann. Diejenigen nämlich, bei denen die Unternehmung eine Leistung erbringt, der keine oder keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht. Fälle, bei denen die Unternehmung Erträge, die ihr zustehen, nicht vereinnahmt, sind dagegen nicht erfasst.

Der Begriff Gewinnausschüttung ist daher zu eng, besser wäre nach unserer Meinung der Ausdruck "geldwerte Vorteile", die in dem Umfang gewährt werden, als die von der Unternehmung erbrachte Leistung bzw. der Verzicht auf Leistungsempfang nicht geschäftsmässig begründet ist.

3. Die "verdeckte" Gewinnausschüttung

Die Ausschüttung der Gewinne einer Aktiengesellschaft erfolgt in der Regel offen, d.h. sie werden in der Bilanz

ausgewiesen und auf Grund eines Gewinnverteilungsbeschlusses an die Aktionäre ausgeschüttet. Gewinne können jedoch auch verdeckt ausgeschüttet werden. Dies ist dann der Fall, wenn sie auf anderem Wege als auf Grund eines Gewinnverteilungsbeschlusses verteilt werden.

Bei der Beurteilung von Rechtsgeschäften, die eine verdeckte Gewinnausschüttung beinhalten, sind nicht die äusseren, sondern die wirtschaftlichen Tatbestände zugrunde zu legen. So kann z.B. ein Darlehen an einen Gesellschafter, welches nicht zurückzuzahlen ist, nur formell, nicht aber handelsrechtlich oder betriebswirtschaftlich als Darlehen angesehen werden. (1) Es liegt eindeutig kein Darlehensvertrag, sondern eine verdeckte Gewinnausschüttung vor.

E. Unsere Begriffsumschreibung

Auf Grund der oben gemachten Ueberlegungen und in Anlehnung an die zitierten Begriffsumschreibungen lässt sich die verdeckte Gewinnausschüttung - aus handelsrechtlicher Sicht - folgendermassen definieren:

Eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt vor, wenn einem Gesellschafter oder einer ihm oder der Gesellschaft nahestehenden Person bewusst geschäftsmässig nicht begründete Zuwendungen geldwerter Vorteile durch die Gesellschaft erwachsen, ohne dass diese auf Grund eines Gewinnverteilungs- oder Kapitalherabsetzungsbeschlusses durch die Generalversammlung erfolgen.

(1) Westerfelshaus H./Glade A., Verdeckte Gewinnausschüttungen als steuerrechtliches und betriebswirtschaftliches Problem, S. 161

II. Die einzelnen Begriffselemente

A. Objektive Tatbestandsmerkmale

1. Die Gesellschaftereigenschaft

Imboden (1) geht davon aus, dass die Zuwendung eines Vorteils im Sinne einer verdeckten Gewinnausschüttung in der Gesellschaftereigenschaft des unmittelbaren oder mittelbaren Empfängers begründet sein muss. Danach kann von verdeckter Gewinnausschüttung nur gesprochen werden, wenn die Vorteilszuwendung auf einer Gesellschaftereigenschaft beruht, die ein Gewinnbezugsrecht überhaupt erst begründet. Zuwendungen an Personen, die keine Gesellschaftereigenschaft haben, sind nach Felix (2) keine Gewinnausschüttungen, da Gewinnausschüttungen an unbeteiligte Dritte begrifflich nicht möglich sind. Nach unserer Meinung ist diese Begriffsabgrenzung zu eng gefasst, gilt es doch die Möglichkeit zu berücksichtigen, dass auch Nichtaktionäre am Gewinn beteiligt sind. Denkbar ist u.a., dass Mitarbeiter einer Unternehmung am Gewinn partizipieren, indem ihnen eine entsprechende Gratifikation ausbezahlt wird. Im weiteren können auch Genussscheininhaber, die nicht Aktionäre zu sein brauchen, in den Genuss von Gewinnanteilen kommen. Daher wird es erforderlich, den Begriff der möglichen Gewinnempfänger auszuweiten, indem neben den Gesellschaftern auch solche die diesen oder der Gesellschaft nahestehen zu berücksichtigen sind.

Leistungen an unbeteiligte Dritte sind als "freiwillige Zuwendungen an Dritte" zu qualifizieren. (3) Solche freiwilligen

(1) Imboden M., Die gesetzmässigen Voraussetzungen einer Besteuerung verdeckter Gewinnausschüttungen, Archiv Band 31, S. 186

(2) Felix G., Verdeckte Gewinnausschüttung an Nichtgesellschafter, Steuerberater-Jahrbuch 1954/55, S. 278

(3) Freiwillige Zuwendungen an Dritte sind als Leistungen zu verstehen, die ohne die rechtliche Verpflichtung des Leistenden vorgenommen werden und denen keine wirtschaftliche Gegenleistung gegenübersteht. Vgl. Littmann E., Das Einkommensteuerrecht, § 12, Tz. 92

Zuwendungen an der Gesellschaft fernstehende Personen bilden in der Regel Betriebsvorgänge, die geschäftsmässig begründet sind und daher als Unkosten der Gewinn- und Verlustrechnung belastet werden können. (1) Dritte jedoch, die geschäftsmässig nicht begründbare Zuwendungen einer Gesellschaft erhalten, gelten nicht mehr als fremde Dritte, sondern als der Gesellschaft oder einem Gesellschafter nahestehende Personen. Pfund (2) bemerkt dazu, dass derjenige Nichtgesellschafter, dem ein Aktionär auf Grund seines Beteiligungsrechtes eine unentgeltliche Leistung der Aktiengesellschaft zukommen lässt, zum "nahestehenden Dritten" wird, d.h. der Empfang der Leistung begründet den Tatbestand, weil es der Gesellschafter so will. Dabei ist weder der Grad der Verbundenheit wesentlich noch ist ein Vorteil des Gesellschafters selbst notwendig. (3)

Zusammenfassend muss daher gesagt werden, dass das Merkmal der Gesellschaftereigenschaft nicht zwingend ist und dass der Begriff der nahestehenden Person sehr weit zu fassen ist. Entscheidend ist dagegen, ob die Zuwendungen an den Gesellschafter oder an die der Gesellschaft oder dem Gesellschafter nahestehenden Person geschäftsmässig begründbar ist oder nicht. Ist sie es nicht, so muss eine verdeckte Gewinnausschüttung angenommen werden.

2. Zuwendung geldwerter Vorteile

Eine verdeckte Gewinnausschüttung beinhaltet die Zuwendung geldwerter Vorteile, worunter Leistungen bzw. der Verzicht

(1) Fröhlich E., Die verdeckte Gewinnausschüttung, S. 62
Problematisch ist die freiwillige Zuwendung an Institutionen der Kunst und Wissenschaft. Ist z.B. der Hauptaktionär Kunstmäzen, so kann vermutlich verdeckte Gewinnausschüttung angenommen werden, da eine solche Zuwendung geschäftsmässig kaum begründbar ist.

(2) Pfund W.R., Verrechnungssteuer, 1. Teil, S. 99

(3) Prym R.J., Die verdeckte Gewinnausschüttung nach deutschem und schweizerischem Steuerrecht, S. 36

auf Leistungsempfang der Unternehmung zu verstehen ist, die geschäftsmässig nicht begründet sind. Folge davon ist die Schmälerung des momentanen oder zukünftigen Reinvermögens, die im Sinne einer Entreicherung zu verstehen ist.

Eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt dagegen nicht vor, wenn ein bestimmter Vorgang zwar zu einer Begünstigung des Gesellschafters führt, dieser Bereicherung jedoch keine Entreicherung der Gesellschaft gegenübersteht. (1) Dies trifft beispielsweise dann zu, wenn der Vorteil für den Dritten nicht materieller sondern ideeller Natur ist. (2) Obwohl die Unternehmung ihm einen Vermögensgegenstand zum objektiven Wert überlässt, ist er dadurch bereichert, da für ihn der Gegenstand einen höheren subjektiven Wert aufweist.

Die Bereicherung des Dritten als weiteres Tatbestandsmerkmal der verdeckten Gewinnausschüttung ist nicht zwingend, insbesondere dann nicht, wenn der Dritte Aktionär ist. Denn eine Gewinnausschüttung führt normalerweise nicht zu einer Bereicherung, da die Dividende das Vermögen des Aktionärs bereits erhöht hat, bevor sie ausgeschüttet wurde. Die Ausschüttung führt nur zu einer Vermögensumlagerung, indem der innere Wert der Aktie abnimmt, das Geldvermögen des Aktionärs dagegen zunimmt. (3) Dies trifft jedoch nur zu, wenn die Gewinnverteilung gleichmässig erfolgt. Verdeckte Gewinnausschüttungen beinhalten jedoch häufig eine Ungleichbehandlung der Aktionäre, indem durch die Ausschüttung sich der innere Wert sämtlicher Aktien reduziert, eine Zunahme des Geldvermögens jedoch nur bei einigen Aktionären erfolgt und zwar in grösserem Umfange als die Wertabnahme der Aktie beträgt. Es liegt daher eine Bereicherung vor.

(1) Imboden M., a.a.O., S. 181

(2) Lange J., Verdeckte Gewinnausschüttungen, Tz 21

(3) vgl. Bger. v. 12.4.1943, Archiv Bd. 13, S. 396
Bger. v. 28.5.1948, Archiv Bd. 17, S. 468
Bger. v. 21.10.1949, Archiv Bd. 19, S. 293

Die denkbaren Ausgestaltungen von Zuwendungen geldwerter Vorteile sind in der Praxis äusserst vielgestaltig:

a) Veräusserungen von Vermögenswerten

Eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt vor, wenn die Gesellschaft einem Gesellschafter oder einer nahestehenden Person Vermögensteile unentgeltlich oder zu einem Preis, der unter dem wirklichen Wert des Vermögensteiles liegt, überlässt. Solche Vermögensteile können Forderungen, Rechte oder Gegenstände sein. So ist ein Verzicht auf Forderungen und Rechte zugunsten eines Gesellschafters oder einer nahestehenden Person als verdeckte Gewinnausschüttung zu qualifizieren. Gleichermassen bedeutet die Veräusserung eines Vermögensgegenstandes auf dem stille Reserven bestehen, eine verdeckte Gewinnausschüttung im Umfang der bei dieser Transaktion nicht realisierten stillen Reserven.

b) Erwerb von Vermögenswerten

Eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt vor, wenn die Gesellschaft von einem Gesellschafter oder einer nahestehenden Person Vermögensteile zu einem Preis der über dem wirklichen Wert des Vermögensteiles liegt, erwirbt. Es kann sich dabei wiederum um Forderungen, Rechte oder Gegenstände handeln. Uebernimmt z.B. die Gesellschaft eine Forderung, die ein Gesellschafter gegenüber einem Dritten hat, welche mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht oder nur zum Teil einbringbar ist, so liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung im Rahmen des Differenzbetrages zwischen Forderungsbetrag und vereinnahmten Betrag. Beim Erwerb eines Gegenstandes über seinem wirklichen Wert ist die verdeckte Gewinnausschüttung im Mehrbetrag zu sehen, den der Gesellschafter oder die nahestehende Person von der Gesellschaft erhält, den er oder sie

aber nicht erhalten würde, wenn der Gegenstand an einen unabhängigen Dritten veräussert würde. Der Betrag, um den der Verkaufspreis den Verkehrswert übersteigt, ist als verdeckte Gewinnausschüttung anzusehen.

c) Geschäftsmässig nicht begründete Aufwendungen

Eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt vor, wenn die Gesellschaft private Aufwendungen der Gesellschafter oder nahestehender Personen der Gewinn- und Verlustrechnung belastet oder wenn die Gesellschft für Leistungen eines Gesellschafters oder einer nahestehenden Person unangemessene Vergütungen vornimmt.

Beispiele für die erste Fallgruppe, d.h. für Aufwendungen zugunsten der Gesellschafter oder nahestehender Personen sind: Uebernahme privater Autokosten, Ausbildungskosten für Kinder, Urlaubsspesen, Bezahlung von Prämien von privaten Versicherungen, Tilgung von privaten Schulden. Verdeckte Gewinnausschüttung stellt in diesem Zusammenhang die gesamte Aufwendung dar, da sie in ihrem gesamten Umfang geschäftsmässig nicht begründbar ist.

Beispiele der Gruppe der unangemessenen Vergütungen sind insbesondere übersetzte Gehaltszahlungen. Dazu gehören aber auch übersetzte Miet- und Pachtzinsen, Darlehenszinsen, Provisionen und Kommissionen, unbegründete oder übersetzte Lizenzgebühren. Dabei wird es oft schwierig sein zu entscheiden inwieweit die Vergütung übersetzt ist. Dies ist aber erforderlich, da nur dadurch bestimmt werden kann, welcher Anteil der Vergütung als eigentliche Betriebsausgabe und damit als geschäftsmässig begründet und welcher Anteil als geschäftsmässig unbegründet und daher als verdeckte Gewinnausschüttung anzusehen ist.

d) Ertragsverzicht

Eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt vor, wenn der Gesellschafter oder die nahestehende Person für Leistungen der Gesellschaft keine oder nur eine unangemessene Gegenleistung erbringt.

Beispiele dieser Fallgruppe sind: Verzicht auf Kapitalzinsen, Verzicht auf angemessene Pacht- und Mietzinseinnahmen. Würde der Gesellschafter oder die nahestehende Person bei einem unabhängigen Dritten Geld leihen oder Räumlichkeiten mieten, so hätte er eine entsprechende Gegenleistung in Form von Zinszahlungen zu erbringen. Fällt diese Gegenleistung jedoch teilweise oder vollständig weg, da das Kapital oder die Räumlichkeiten von der Gesellschaft zur Verfügung gestellt werden, so stellt der Unterschiedsbetrag zwischen Zinszahlungen gegenüber einem unabhängigen Dritten und Zinszahlungen gegenüber der Gesellschaft verdeckte Gewinnausschüttung dar.

Ertragsverzicht liegt aber auch vor, wenn die Gesellschaft auf andere Einnahmen teilweise oder vollständig verzichtet. Dies trifft insbesondere für Dienstleistungen der Gesellschaft zu, die vom Gesellschafter oder der nahestehenden Person nicht oder nicht angemessen vergütet werden. Dabei ist davon auszugehen, dass die angemessene Vergütung nicht den Selbstkosten der Gesellschaft entspricht, sondern dem Preis, der auch von einem Dritten verlangt würde. Andernfalls liegt in der Differenz zwischen diesem Preis und den Selbstkosten eine verdeckte Gewinnausschüttung.

e) Schuldübernahme

Eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt vor, wenn die Gesellschaft private Schulden eines Gesellschafters oder einer nahestehenden Person übernimmt, ohne dass eine entsprechende Gegenleistung erfolgt. Der Umfang der verdeckten Gewinnausschüttung entspricht dann dem Betrag der übernommenen Schulden.

3. Ausschluss der Generalversammlung

Zu den Befugnissen der Generalversammlung gehören u.a. die Abnahme der Gewinn- und Verlustrechnung, der Bilanz und des Geschäftsberichtes sowie die Beschlussfassung über die Verwendung des Reingewinnes, insbesondere die Festsetzung der Dividende und des Gewinnanteils der Verwaltung. Derartige Gewinnausschüttungen sind als offen zu bezeichnen, da sie für jeden Dritten, insbesondere für Aktionäre und Gläubiger der Gesellschaft ohne weiteres erkennbar sind.

Durch die gesetzlichen Vorschriften über die Bewertung von Vermögensteilen und die Verteilung des ausgewiesenen Gewinnes, insbesondere durch die Reservenzuweisungspflicht, ist die offene Auszahlung von übersetzten Gewinnen an Aktionäre und Mitglieder der Verwaltung verunmöglicht.

Anders dagegen bei der verdeckten Gewinnausschüttung. Sie erfolgt verdeckt, indem sie buchhalterisch getarnt wird. Einerseits werden Buchungen vorgenommen, die die Unternehmung nicht betreffen oder Buchungen weggelassen, die die Unternehmung betreffen. Andererseits werden bei richtigen Buchungsvorgängen die Beträge zu hoch oder zu tief eingesetzt. Dadurch weist die Unternehmung in der Buchhaltung zuviel Aufwand oder zuwenig Ertrag aus, indem fremde Erträge, die sie nicht betreffen, verbucht oder Erträge, die sie betreffen, nicht verbucht werden.

Sie können zudem als verdeckt bezeichnet werden, weil ihre Ausschüttung nicht durch das gesetzlich vorgeschriebene Organ, nämlich die Generalversammlung, sondern in irgend einer Art und Weise von Mitgliedern der Verwaltung vorgenommen werden. Die Gefahr einer übermässigen Ausschüttung, die zu erheblichem Schaden der Unternehmung führen kann, ist bei dieser Art der Zuwendung, die einer Kontrollmöglichkeit durch die Aktionäre entzogen wird, besonders gross.

B. Subjektives Tatbestandsmerkmal: bewusste Vorteilszuwendung

Ob die bewusste Vorteilszuwendung als erforderliches Tatbestandsmerkmal einer verdeckten Gewinnausschüttung zu gelten hat, ist umstritten. Känzig (1) hält fest, dass sich die Frage, ob sich die Unternehmungsleitung einer verdeckten Gewinnausschüttung bewusst sei gar nicht stelle, da die Leistungen der Gesellschaft von rein wirtschaftlicher Natur wären und es lediglich darum ginge, ob diese Leistungen Kostencharakter hätten oder nicht. Andere Autoren (2) sehen dagegen in der bewussten Vorteilszuwendung ein erforderliches Tatbestandsmerkmal der verdeckten Gewinnausschüttung. Auch das Bundesgericht (3) hat in seiner Rechtsprechung nicht nur auf die objektiven, sondern auch auf den subjektiven Tatbestandsmerkmal abgestellt und verlangt, dass die verantwortlichen Organe "bewusst und gewillt" die Absicht zeigen müssten, einen Gesellschafter oder eine nahestehende Person zu begünstigen.

(1) Känzig E., Die eidg. Wehrsteuer, Ergänzungsband, S. 169
Weitere Autoren nach denen bewusste Vorteilszuwendung nicht gefordert ist:
Glade A., Die einkommens- und körperschaftssteuerliche Behandlung von verdeckten Zuwendungen zwischen Kapitalgesellschaften und ihren Gesellschaftern, Beilage zu Finanz-Rundschau 1/1966, S. 3
Westerfelhaus H./Glade A., Verdeckte Gewinnausschüttung als steuerliches und betriebswirtschaftliches Problem, S. 23
Bengs H.E., Die Versteuerung verdeckter Ausschüttungen und verdeckter Gewinnausschüttungen bei Kapitalgesellschaften, S. 49

(2) Bossard O., Die neue Zürcherische Einkommens- und Vermögenssteuer, S. 203
Blumenstein J., Kommentar zum Bernischen Gesetz über die direkten Staats- und Gemeindesteuern, S. 322
Fröhlich E., Die verdeckte Gewinnausschüttung, S. 31
Lange J., a.a.O., S. 59
Masshardt H., Kommentar zur Eidg. Wehrsteuer, S. 219
Pestalozzi A., Die verdeckte Gewinnausschüttung im Steuerrecht, in: Steuer und Wirtschaft, Bd. 4, S. 23
Imboden M., a.a.O., S. 184
Reimann A./Zuppinger F./Schärrer E., a.a.O., S. 138

(3) vgl. Bger. v. 13.7.1956, Archiv Bd. 25, S. 437
Bger. v. 8.5.1964, Archiv Bd. 33, S. 161

Auch uns erscheint die bewusste Vorteilszuwendung erforderliches Tatbestandsmerkmal zu sein. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass diese bewusste Vorteilszuwendung nicht direkt ermittelt werden kann, es sei denn der Betreffende habe sie in irgend einer Weise zum Ausdruck gebracht. Daher muss von den anderen Tatsachen her auf die bewusste Vorteilszuwendung geschlossen werden, es ist also lediglich ein Indizienbeweis möglich. (1)

Bewusste Vorteilszuwendung ist erforderlich, da ein in geschäftlichen Belangen weniger Versierter nicht zur Rechenschaft gezogen werden kann, wenn er einem Gesellschafter oder einer nahestehenden Person Vorteile zuwendet, die er auf Grund seines geschäftlichen Verhaltens auch einem fernstehenden Dritten hätte zukommen lassen. (2) Auch Imboden (3) stellt fest, dass es keine Rolle spielen darf, ob der durch das Versagen des kaufmännischen Ueberlegens bewirkte Mehraufwand bei wirtschaftlichen Beziehungen zu einem Dritten oder bei solchen zu einem Aktionär in Erscheinung tritt. Es sei in beiden Fällen eben auf Grund der Art des Wirtschaftens ein höherer Gewinn effektiv nicht erzielt worden, was die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung nicht zu begründen vermöge.

Unbewusste Vorteilszuwendung und damit keine verdeckte Gewinnausschüttung ist nur denkbar bei kleinen Differenzen zwischen Leistung und Gegenleistung. Ist dagegen das Missverhältnis bei einem sorgfältigen Geschäftsgebahren zu erkennen oder sollte es erkannt werden, so muss eindeutig eine

(1) Prym R.J., a.a.O., S. 71
(2) Prym R.J., a.a.O., S. 67
(3) Imboden M., a.a.O., S. 184

bewusste Vorteilszuwendung vorliegen, ansonsten das betreffende Rechtsgeschäft auf diese Art nicht durchgeführt worden wäre.

Es wäre indessen falsch, aus dem Umstand, dass in der Regel auf Grund der objektiven Tatbestandsmerkmale auf die Absicht der Vorteilszuwendung geschlossen werden muss, zu folgern, subjektive Gegebenheiten seien nicht erforderlich. (1)
Das Merkmal der bewussten Vorteilszuwendung ist als selbständiges Tatbestandsmerkmal anzusehen und steht gleichwertig neben den anderen Tatbestandsvoraussetzungen.

(1) Prym R.J., a.a.O., S. 71

III. Beispiele verdeckter Gewinnausschüttung

A. Arbeitsleistungsverträge

Verdeckte Gewinnausschüttungen treten häufig als übermässige Arbeitsentschädigungen in Erscheinung. Insbesondere übersetzte Gehälter (1), Provisionen, Spesenvergütungen, Versicherungsprämien usw., die für die der Unternehmung im gegenwärtigen oder früheren Dienstvertragsverhältnis erbrachten Leistungen ausgerichtet werden, sind nur zum Teil als eigentliche Unkosten anzusehen und stellen daher nur teilweise eine effektive Betriebsausgabe der Unternehmung dar. Dem als Unkosten zu verbuchenden Anteil steht eine entsprechende Gegenleistung des Empfängers in Form von Arbeitsleistung gegenüber. Anders dagegen beim Anteil der Vergütung, dem keine Gegenleistung beigemessen werden kann, er ist als eigentliche Ausschüttung von Gewinn zu betrachten.

Typisches Beispiel für verdeckte Gewinnausschüttungen durch Arbeitsleistungsverträge ist die erhöhte Gehaltszahlung an geschäftsführende Gesellschafter. Es scheint jedoch klar zu sein, dass über die Höhe der Gehaltszahlung an geschäftsführende Gesellschafter keine generelle Aussage möglich ist, es muss im Gegenteil von Fall zu Fall individuell entschieden werden, ob verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt oder nicht. Bei der Beurteilung der Angemessenheit von Vergütungen an geschäftsführende Gesellschafter ist davon auszugehen, ob die ausgerichteten Saläre und sonstigen Bezüge der erbrachten Gegenleistung entsprechen, oder ob sie ganz oder teilweise auf der Kapitalbeteiligung des Empfängers beruhen. Es wird jedoch regelmässig schwierig sein, eine verdeckte Gewinnausschüttung zu erkennen, da die blosse absolute Höhe eines Gehaltes kein hinreichender Grund sein kann, eine solche anzunehmen. (2) Uebersetzte Gehälter

(1) Blumenstein J., a.a.O., S. 323
Bossard O., a.a.O., S. 203

(2) vgl. Bger. v. 27.9.1946, Archiv Bd. 15, S. 245

liegen dann vor, wenn dem geschäftsführenden Gesellschafter Vergütungen ausgerichtet werden, die einem unabhängigen Dritten bei gleicher Leistung nicht ausgerichtet würden. (1) Auch geben Quervergleiche über Entschädigungen, die ähnlich gelagerte Betriebe bezahlen, Aufschluss darüber, ob eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt oder nicht. Es wird jedoch schwierig sein, gleiche Betriebe zu finden, da oft zu grosse Verschiedenheiten bestehen, wodurch eine gewisse Toleranzschwankung zugelassen werden muss. (2)

Insbesondere Salärnachzahlungen für frühere Jahre können dann Indiz einer verdeckten Gewinnausschüttung sein, wenn dafür der Unternehmungsgewinn bestimmend war. (3) Ferner dürfte die Dividendenpolitik mögliches Merkmal sein. Es ist nicht mit normalem Geschäftsgebahren zu vereinbaren, dass eine Unternehmung keine Dividende ausschüttet, zugleich aber ständig die Gehälter der geschäftsführenden Gesellschafter erhöht. Es dürfte sich daher um verdeckte Gewinnausschüttungen handeln, wenn eine von einem Mehrheitsaktionär beherrschte Unternehmung keine Dividende ausschüttet, das Gehalt dieses Mehrheitsaktionärs jedoch unangemessen erhöht wird. (4)

Wesentliches Merkmal für die Bestimmung, ob ein Gehalt angemessen ist, ist die allgemeine Lohn- und Salärpolitik der Unternehmung und die Salarierung von rang- und funktionsmässig Gleich- oder Aehnlichgestellten. Ergibt sich dabei ein merklicher Unterschied, indem der Gesellschafter ein bedeutend höheres Gehalt bezieht als andere Angestellte, so muss auf eine verdeckte Gewinnausschüttung geschlossen werden. (5)

(1) Reimann A./Zuppinger F./Schärrer E., a.a.O., S. 144
(2) Prym R.J., a.a.O., S. 170
(3) Reimann A./Zuppinger F./Schärrer E., a.a.O., S. 144
(4) Prym R.J., a.a.O., S. 170
(5) Reimann A./Zuppinger F./Schärrer E., a.a.O., S. 143

B. Darlehensverhältnisse

Häufiges Erscheinungsbild verdeckter Gewinnausschüttungen sind Darlehensvereinbarungen zwischen Gesellschaft und ihren Gesellschaftern. Dabei können Gesellschaft und Gesellschafter entweder als Darlehensgeber oder als Darlehensnehmer auftreten. Wesentliches Merkmal solcher Vereinbarungen ist in beiden Fällen, dass mit einem unabhängigen Dritten nicht die gleichen Abmachungen getroffen würden.

1. Darlehensgewährung der Gesellschaft an den Gesellschafter

Mit dem Abschluss eines Darlehensvertrages zwischen Gesellschaft und Gesellschafter muss noch keine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegen. (1) Wird hingegen ein Darlehen gewährt, ohne dass der Empfänger dieses Betrages eine ernstgemeinte Rückzahlungsverpflichtung übernommen hat oder bei dem der festgelegte Zinssatz nicht mit dem üblichen übereinstimmt, so ist eine verdeckte Gewinnausschüttung anzunehmen. Im ersten Falle entspricht sie dem gesamten Betrag des Darlehens, zuzüglich der Summe der nichtbezahlten Darlehenszinsen, im anderen Falle lässt sich die verdeckte Gewinnausschüttung aus der Differenz zwischen tatsächlichem und üblichem Zinssatz errechnen.

Bei Darlehensgewährung ohne ernstgemeinte Rückzahlungsverpflichtung liegt bereits in der Hingabe des Darlehens eine verdeckte Gewinnausschüttung vor, da die Unternehmung bereits bei der Darlehensgewährung mit der Uneinbringlichkeit der Darlehensforderung rechnen musste. (2) Verzichtet die Unternehmung auf die Geltendmachung eines Darlehens bei dem die Rückzahlung nicht gefährdet wäre, liegt dann eine verdeckte Gewinnausschüttung vor, wenn einem fremden Dritten gegen-

(1) Hoffmann B., Darlehen an den Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft als verdeckte Gewinnausschüttung, S. 112

(2) Prym R.J., a.a.O., S. 139

über eine Verzichtserklärung nicht ausgesprochen worden wäre. (1) Im weiteren muss eine verdeckte Gewinnausschüttung dann angenommen werden, wenn die Unternehmung bei einer durch die wirtschaftliche Lage des Darlehensnehmers hervorgerufenen Gefährdung des Darlehens nichts unternimmt, um die gefährdete Forderung zu retten, sondern vielmehr bei einem späteren Ausfall der Darlehensforderung eine entsprechende Abschreibung auf dieselbe vornimmt. Diese Abschreibung stellt eine verdeckte Gewinnausschüttung dar. (2)

Wie bereits oben erwähnt, liegt auch eine verdeckte Gewinnausschüttung im teilweisen oder ganzen Zinsverzicht des Darlehensgeber. Denkbar ist auch der Fall, dass eine Gesellschaft einen von einem Dritten aufgenommenen Kredit an einen Gesellschafter zu weit günstigeren Bedingungen weitergibt, d.h. der vom Gesellschafter zu bezahlende Zins stimmt nicht mit demjenigen überein, den die Gesellschaft an den Dritten zu zahlen hat. Gewährt die Unternehmung dieses Darlehen dem Gesellschafter zinslos, so ist der von der Unternehmung an den Dritten zu zahlende Zins gleich dem Betrag der verdeckten Gewinnausschüttung. Gewährt die Unternehmung dieses Darlehen dagegen zu einem geringeren Zinssatz als sie selbst zu bezahlen hat, so stellt die Differenz der Zinszahlungen eine verdeckte Gewinnausschüttung dar. (3)

Im Zusammenhang mit der Darlehensgewährung der Gesellschaft an den Gesellschafter ist das Verbot der Einlagenrückgewähr zu beachten. Eine Einlagenrückgewähr liegt vor, wenn eine Rückzahlung des Darlehens nicht gewollt oder infolge Zahlungsunfähigkeit nicht mehr möglich ist, und das Darlehen zudem grösser ist als das Eigenkapital abzüglich Aktienkapital und offenes Agio. Ist dagegen das Darlehen

(1) vgl. Bger. v. 7.10.1966, Archiv Bd. 36, S. 275
(2) vgl. Bger. v. 28.4.1961, Archiv Bd. 30, S. 188
(3) vgl. Bger. v. 8.12.1961, Archiv Bd. 31, S. 157

schriftlich niedergelegt, eindeutig geregelt, seine Rückzahlung allenfalls sichergestellt und ist der Darlehensschuldner zahlungsfähig und zahlungswillig, so ist die Darlehensrückzahlung gesichert. Eine Einlagenrückgewähr liegt somit nicht vor.

2. Darlehensgewährung des Gesellschafters an die Gesellschaft

Ein weiteres typisches Beispiel zu verdeckten Gewinnausschüttungen ist das durch Gesellschafterdarlehen dissimulierte Grundkapital. Der Aktionär stellt der Gesellschaft die erforderlichen eigenen Mittel nur zum geringsten Teil als Grundkapital zur Verfügung. Das restliche notwendige Kapital wird in Form eines Aktionärsdarlehens der Gesellschaft übertragen. Eine solche Unternehmungsfinanzierung muss als ungewöhnlich und mit einem sachgemässen Geschäftsgebahren als nicht vereinbar bezeichnet werden, obwohl es der Gesellschaft und den Gesellschaftern grundsätzlich freisteht, wie sie die erforderlichen Mittel beschaffen wollen.

Meistens wird das Darlehen gegen einen festen oder gewinnabhängigen Zins zur Verfügung gestellt, der wirtschaftlich und rechtlich der Aktiendividende gleichsteht. Oft verdrängt oder ersetzt er sogar die formellen Dividenden.

In der Praxis wird es schwierig sein, zwischen solchem verdeckten Eigenkapital und eigentlichem Fremdkapital zu unterscheiden. Es ist z.B. dann verdecktes Eigenkapital anzunehmen, wenn eine Unternehmung während Jahren trotz gutem Geschäftsgang nur einen sehr bescheidenen oder überhaupt keinen Reingewinn ausweist, andererseits aber seinem Alleinaktionär namhafte Zinsen auf einem Darlehen, das ein Vielfaches des im Handelsregister eingetragenen Grund-

kapitals ausmacht, bezahlen kann. (1)

Insbesondere ist in Zusammenhang mit der Gewährung von Darlehen des Gesellschafters an die Gesellschaft verdeckte Gewinnausschüttung auch dann anzunehmen, wenn dem Gesellschafter höhere Zinsen gezahlt werden als ein Nichtgesellschafter bei gleichen Verhältnissen für die Darlehensgewährung erhalten würde. (2) Die verdeckte Gewinnausschüttung besteht dann in der Differenz des Zinsertrages, den der Gesellschafter dadurch erhält, dass er sein Kapital der Gesellschaft und nicht einem fremden Dritten zur Verfügung stellt.

C. Kauf und Tausch

Verdeckte Gewinnausschüttungen können immer auch bei Veräusserungsgeschäften zwischen Gesellschaft und Gesellschafter vorliegen. Kauft die Unternehmung vom Gesellschafter Vermögenswerte zu einem Ueberpreis oder veräussert sie solche an ihn zu einem Unterpreis, so stellt jedesmal die Differenz zum eigentlichen Verkehrswert eine verdeckte Gewinnausschüttung dar. (3) Aehnlich ist die Angelegenheit im Falle eines Tausches zwischen Gesellschaft und Gesellschafter zu beurteilen. Dabei ist jedoch - da es eben ein Tausch von Sachwerten ist - für beide Güter der Verkehrswert zu be-

(1) Pfund W.R., a.a.O., S. 121
Das Bundesgericht hat in einer Entscheidung vom 23. Juni 1949 das Verhältnis von Eigen- und Fremdkapital von eins zu dreissig ausdrücklich abgelehnt und ein Minimalverhältnis von einem Drittel zu zwei Drittel als angemessenen Mittelwert betrachtet.
vgl. dazu die Anmerkung in SAG 31 (1958/59) S. 242 und SAG 34 (1961/62) S. 14 wonach die Eidg. Steuerverwaltung unter bestimmten Voraussetzungen schon ein Verhältnis von 1 : 6 Eigen- zu Fremdkapital anerkannt hat.
Eine generelle Aussage über das sinnvolle Verhältnis Eigen- zu Fremdkapital wird jedoch nicht möglich sein, da dies von Branche zu Branche verschieden sein kann.

(2) vgl. Bger. v. 12.11.1948, Archiv Bd. 18, S. 225

(3) vgl. Bger. v. 29.3.1956, Archiv Bd. 25. S. 189

rücksichtigen. Der Preis mit dem der Tauschgegenstand der Gesellschaft bewertet wird, muss demjenigen entsprechen, den sie von jedem fremden Dritten erhalten würde. Umgekehrt kommt als Wert für das empfangene Tauschobjekt der Betrag in Betracht, den die Gesellschaft von jedem Dritten angenommen hätte.

Regelmässig liegt verdeckte Gewinnausschüttung vor, wenn Sachwerte zu vom Verkehrswert unterschiedlichen Preisen gekauft oder getauscht werden. Dabei scheinen aber kleinere Differenzen zwischen Verkaufspreis und Verkehrswert von vorneherein als nicht geeignet, die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung zu rechtfertigen. Vielmehr müssen die Abweichungen ungewöhnlich und auffällig sein. (1) Ein derartiger Kauf oder Tausch würde bei sachgemässem Geschäftsgebahren mit einem Dritten nicht zustande kommen.

Die Beispiele derartiger Veräusserungsverträge sind vielfältig. Hier lediglich einige wenige:

1. Die Gesellschaft als Eigentümerin von Wertpapieren mit einem wirklichen Wert von Fr. 200'000.- verkauft diese Titel zum Buchwert von Fr. 100'000.- an ihren Hauptaktionär. Der Unterschiedsbetrag zwischen wirklichem Wert und Buchwert stellt eine verdeckte Gewinnausschüttung dar.
2. Die Gesellschaft erwirbt von einem Gesellschafter einen Personenwagen zu Fr. 25'000.- für den der Aktionär bei einem Händler noch lediglich Fr. 18'000.- erhalten würde. Der Unterschiedsbetrag zwischen Kaufpreis und Händlerpreis stellt eine verdeckte Gewinnausschüttung dar.
3. Die Gesellschaft als Eigentümerin von Wertpapieren mit einem wirklichen Wert von Fr. 200'000.- tauscht diese Titel zum Buchwert von Fr. 100'000.- mit ihrem Hauptaktionär gegen ein anderes Wertschriftenpaket mit einem wirklichen Wert von Fr. 100'000.- aus. Der Unterschiedsbetrag zwischen den wirklichen Werten der Aktienpakete stellt eine verdeckte Gewinnausschüttung dar.

(1) Widmer M., Die verdeckte Gewinnausschüttung durch Verrechnung zuniedrigerer Verkaufspreise, Archiv Bd.20, S. 13

D. Miet- und Pachtverhältnisse

Verdeckte Gewinnausschüttungen in Zusammenhang mit Miet- und Pachtverhältnissen sind möglich, wenn entweder die Gesellschaft vom Gesellschafter für vermietete oder verpachtete Räumlichkeiten ein zu niedriges Entgelt verlangt oder der Gesellschafter für sein der Gesellschaft überlassenes Miet- oder Pachtobjekt unangemessen überhöhte Zinszahlungen beansprucht.

Entscheidend für die Beurteilung, ob eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt oder nicht, ist wiederum die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung. Dabei gilt nach schweizerischer Rechtsprechung ein Miet- oder Pachtentgelt dann als angemessen, wenn es einem fremden Dritten unter gleichen Verhältnissen vergütet oder gefordert würde. (1) Demnach ist der objektive Miet- und Pachtwert gültiger Masstab für die Beurteilung. Von ihm abweichende Forderungen oder Vergütungen sind daher als verdeckte Gewinnausschüttungen anzusehen.

Mietzinse, die von der Höhe des Geschäftsumsatzes abhängig gemacht werden, sind nicht ohne weiteres als verdeckte Gewinnausschüttungen anzusehen. Entscheidend ist, ob die Mietleistungen im Durchschnitt aller Mietjahre als angemessen zu betrachten sind, unabhängig davon, ob dieser variable Mietzins in einer Berechnungsperiode vom objektiven Mietzins abgewichen ist. (2)

Beansprucht dagegen eine Gesellschaft als Mietzins lediglich den Teil, den sie zur Deckung der notwendigen Aufwendungen benötigt, so liegt jedesmal eine verdeckte Gewinnausschüttung vor, da ein solcher Mietvertrag mit einem fremden Dritten nicht geschlossen würde. Gleichfalls liegt eine

(1) vgl. Bger. v. 21.9.1945, Archiv Bd. 14, S. 244
Bger. v. 13.6.1946, Archiv Bd. 16, S. 166
Bger. v. 21.12.1956, Archiv Bd. 25, S. 498

(2) vgl. Bger. v. 2.10.1953, Archiv Bd. 22, S. 388

verdeckte Gewinnausschüttung vor, wenn die Gesellschaft zwar den üblichen Mietzins verlangt, jedoch den Teil der Miete, der über die zur Deckung der notwendigen Aufwendungen hinausgeht, dem Mieter als Anzahlung an den Kaufpreis für die Liegenschaft gutschreibt. (1)

E. Veränderungen des Grundkapitals

1. Kapitalerhöhungen

Eine Grundkapitalerhöhung erfolgt in der Regel durch geldwerte Leistungen der Gesellschafter an die Gesellschaft. Diese können in Form von Bareinzahlungen, Verrechnung mit Forderungen oder Sacheinlagen vorgenommen werden.

Eine verdeckte Gewinnausschüttung zugunsten des Gesellschafters anlässlich einer Kapitalerhöhung ist dann gegeben, wenn sich Leistung und Gegenleistung nicht entsprechen. Dies ist insbesondere bei Sacheinlagen möglich, wenn sie dem Gesellschafter zu einem höheren Betrag gutgeschrieben werden, als es der Verkehrswert zulässt. Die den Verkehrswert übersteigende Gutschrift muss als verdeckte Gewinnausschüttung angesehen werden. Ein Beispiel soll diesen Tatbestand erklären: Eine Aktiengesellschaft hat im Geschäftsjahr 1978 ihr Grundkapital erhöht. A und B sind gleichberechtigte Gesellschafter. Beide haben die neuen Aktien mit einem Nennwert von Fr. 500'000 in der Weise liberiert, dass jeder von ihnen Wertpapiere mit einem wirklichen Wert von je Fr. 120'000.- eingebracht hat. Die Aktiengesellschaft hat die eingebrachten Titel jedoch mit Fr. 500'000. bilanziert. Sie nimmt zulasten der Gewinn- und Verlustrechnung in den folgenden Jahren insgesamt Fr. 260'000.-

(1) vgl. Bger. v. 10.2.1961, Archiv Bd. 30, S. 474
Bger. v. 21.12.1956, Archiv Bd. 25, S. 498

an Abschreibungen auf diesen Wertpapieren vor. Dieser Abschreibungsbetrag stellt nun eindeutig eine verdeckte Gewinnausschüttung dar. Dabei ist im weiteren zu beachten, dass die Unternehmung die Wertpapiere über ihrem wirklichen Wert in die Bilanz aufgenommen hat, d.h. die Gesellschaft hat fiktive Aktiven bilanziert, was handelsrechtlich nicht erlaubt ist.

2. Kapitalherabsetzungen

Eine Grundkapitalherabsetzung kann dadurch erfolgen, dass die Gesellschaft den Gesellschaftern geldwerte Leistungen überträgt, wobei diese Leistungen in Form von Barzahlungen oder Uebertragung von Sachgütern auftreten können.

Eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt dann vor, wenn sich Leistung und Gegenleistung nicht entsprechen, d.h. wenn das entrichtete Entgelt höher ist als der Betrag um den das Grundkapital vermindert wird. Dies liegt insbesondere dann vor, wenn Sachgüter auf denen stille Reserven ruhen, zu ihrem unter dem wirklichen Wert liegenden Buchwert übertragen werden.

Als Beispiel kann hier folgender Tatbestand aufgeführt werden: Eine Aktiengesellschaft reduziert ihr Aktienkapital um Fr. 100'000 dadurch, dass sie ihren Aktionären Wertschriften, die einen wirklichen Wert von Fr. 200'000.- haben, zu deren Buchwert von Fr. 100'000.- überträgt. Der Differenzbetrag zwischen wirklichem Wert und Buchwert stellt eine verdeckte Gewinnausschüttung dar.

2. Kapitel: ALLGEMEINE SCHUTZBESTIMMUNGEN

I. Einführende Bemerkungen

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass in unserer bestehenden Wirtschaftsordnung die Vertragsfreiheit anerkannt ist. Das bedeutet, dass die Partner beim Abschluss eines Vertrages in der inhaltlichen Ausgestaltung ihrer Vereinbarungen frei sind. Damit stellt sich die Frage, ob eine verdeckte Gewinnausschüttung, die in der Regel auf vertraglichen Abmachungen beruht, verboten werden kann, d.h. es ist zu untersuchen, ob ein Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung nicht gegen den Grundsatz der Vertragsfreiheit verstösst.

Die Vertragsfreiheit ist nur insoweit zu rechtfertigen, als dass ein Vertrag lediglich die Interessen der Beteiligten berührt und daher die Ausgestaltung bezüglich dem Wertverhältnis der Leistungen den Vertragspartnern überlassen werden kann. (1) Eine absolute Vertragsfreiheit ist daher nicht gegeben, sie muss u.a. überall dort eingeschränkt werden, wo Dritte, die am Vertrag selbst nicht beteiligt sind, geschädigt werden können. Im Falle einer verdeckten Gewinnausschüttung sind Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger mögliche Dritte, die einen Nachteil aus einem Vertrag zwischen Mitgliedern der Verwaltung und Aktionären oder diesen oder der Gesellschaft nahestehenden Personen erleiden können.

Es gilt nun zu untersuchen, in welchem Sinne das Aktienrecht Dritten, d.h. insbesondere Minderheitsaktionären und Gläubigern, Schutz bietet gegen Schädigungen, die ihnen durch verdeckte Gewinnausschüttungen entstehen. Das

(1) Guhl T./Merz H./Kummer M., Das schweizerische Obligationenrecht, S. 68

Aktienrecht kennt keine grundsätzliche Bestimmung über die verdeckte Gewinnausschüttung. Diese steht jedoch eindeutig in Konflikt mit verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen, die zum Schutze der Aktionäre, der Gesellschaftsgläubiger und der Unternehmung selbst erlassen worden sind. Diese sollen insbesondere dazu beitragen, dass die Verwaltung oder Mehrheitsaktionäre einer Gesellschaft die ihnen übertragene Macht nicht zum Schaden anderer missbrauchen.

In diesem Zusammenhang erscheinen uns folgende gesetzlichen Bestimmungen wesentlich, die innerhalb dieses Kapitels einer näheren Betrachtung bedürfen:

1. Vorschriften über die Buchführung und Bilanzierung
2. Vorschriften über die Bildung des gesetzlichen Reservefonds
3. Vorschriften über die Erhaltung des Grundkapitals
4. Vorschriften über die Kompetenzordnung der Gesellschaftsorgane
5. Vorschriften über die Treupflicht, Sorgfaltspflicht und Gleichbehandlungspflicht

Es muss nun gezeigt werden, ob verdeckte Gewinnausschüttungen diese gesetzlichen Regeln tangieren. Sofern dies zutrifft, ist zudem zu beurteilen, welche Konsequenzen aus einem solchen Gesetzesverstoss resultieren.

II. Verletzung der Grundsätze aktienrechtlicher Buchführung und Bilanzierung

A. Grundsätze aktienrechtlicher Bilanzierung

Die allgemeinen aktienrechtlichen Grundsätze der Bilanzierung finden sich entweder ausdrücklich im Gesetz oder ergeben sich aus der kaufmännischen Gepflogenheit. Im folgenden sollen nun die wesentlichsten Bilanzierungsgrundsätze aufgezählt werden.

1. Der Grundsatz der ordnungsgemässen kaufmännischen Buchführung und Bilanzierung

Nach Art. 957 OR ist derjenige, welcher verpflichtet ist, seine Firma ins Handelsregister eintragen zu lassen, gehalten, diejenigen Bücher ordnungsgemäss zu führen, welche nach Art und Umfang des Geschäftes nötig sind, um die Vermögenslage, Schuld- und Forderungsverhältnisse sowie die Betriebsergebnisse der einzelnen Geschäftsjahre festzustellen.

Was unter "ordnungsmässiger kaufmännischer Buchführung und Bilanzierung" zu verstehen ist, sagt das Gesetz bewusst nicht. (1) Es kann lediglich präzisiert werden, dass darunter eine Buchführung und Bilanzierung zu verstehen ist, die den Anforderungen des Gesetzes (Art. 662ff OR) und den allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen (Art. 957ff OR) entspricht.

Dober (2) hat nachgewiesen, dass in der Schweiz keine einheitlichen Auffassungen über die Grundsätze der ordnungs-

(1) Blumer K./Graf A., Kaufmännische Bilanz und Steuerbilanz Nach ihnen soll der bewusste Verzicht einer Definition die Möglichkeit schaffen, die gesetzliche Regelung beweglich zu erhalten und ihre Auslegung der fortlaufenden Entwicklung der kaufmännischen Praxis anzupassen.

(2) Dober W., Publizität und Grundsätze der Bilanzwahrheit und Bilanzklarheit, in: SAG 37 (1965) S. 171ff

mässigen kaufmännischen Buchführung und Bilanzierung bestehen. Einige wenige Regeln sind anerkannt, so unter anderen das Niedrigstwertprinzip bei der Bilanzierung von Warenvorräten (Art. 666 OR) oder das Realisationsprinzip, welches in Art. 665 und 666 OR enthalten ist. (1)

Nach überwiegender Auffassung jedoch kommt den meisten dieser Grundsätze lediglich die Bedeutung von Handelsbräuchen zu, in einigen wenigen Fällen, wo allgemeine Uebereinstimmung besteht, die Bedeutung von Gewohnheitsrecht. (2)

2. Die Bilanzvorsicht

Das Wesen der Bilanzvorsicht liegt darin, dass die Situation einer Unternehmung nicht besser dargestellt werden darf als dies in Wirklichkeit ist. (3) Daraus folgt, dass Aktiven eher niedriger, Passiven eher höher als der wirkliche Wert anzusetzen sind.

Tatsache ist jedoch, dass keine allgemeine gesetzliche Vorschrift betreffend der Bilanzvorsicht vorliegt. Es ist daher nur eine Richtlinie, ein indirekt empfohlener Bilanzierungsgrundsatz gegeben. (4) Das Gesetz erwähnt diesen Grundsatz direkt in Art. 679 I OR, wonach Verwaltungsratsmitglieder im Falle des Konkurses der Gesellschaft zur Rückerstattung von bezogenen Gewinnanteilen verpflichtet werden, soweit ihnen diese bei "vorsichtiger Bilanzierung" nicht hätten ausbezahlt werden sollen.

Die Bewertungsvorschriften des Aktienrechtes beinhalten den Grundsatz der Bilanzvorsicht, stellen sie doch Höchstbewe-

(1) Blumer K./Graf A., a.a.O., S. 64

(2) His E., Kommentar, Art. 959 OR, N. 1ff
Dober W., in: SAG 37 (1965) S. 171ff

(3) Blumer K./Graf A., a.a.O., S. 65

(4) Blumer K./Graf A., a.a.O., S. 65

tungsvorschriften dar, welche nicht überschritten werden dürfen. (Art. 665ff OR) Dadurch steht das Prinzip der Bilanzvorsicht dem in Art. 959 OR erwähnten Grundsatz der Bilanzwahrheit und -klarheit in gewissem Sinne entgegen und hebt ihn teilweise wieder auf.

3. Die Bilanzwahrheit und die Bilanzklarheit

Die Grundsätze der Bilanzwahrheit und -klarheit befinden sich nur im Randtitel zu Art. 959 OR, welcher verlangt, dass Betriebsrechnung und Jahresbilanz nach allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen vollständig, klar und übersichtlich aufzustellen sind, damit die Beteiligten einen möglichst sicheren Einblick in die wirtschaftliche Lage des Geschäftes erhalten.

a) Die Bilanzwahrheit

Grundsätzlich ist zwischen formeller und materieller Bilanzwahrheit zu unterscheiden. Die formelle Bilanzwahrheit verlangt die Vollständigkeit der Bilanz, d.h. eine lückenlose Aufzählung aller Aktiven und Passiven. Dementsprechend sind auch gänzlich abgeschriebene Vermögenswerte wenigstens mit einem Promemoriaposten von einem Franken einzusetzen. Die materielle Bilanzwahrheit bezweckt in erster Linie eine angemessene Bewertung, d.h. der Bilanzierungspflichtige hat seine Aktiven und Passiven unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften und der allgemein anerkannten Grundsätze so zu bewerten, wie dies von einem sorgfältigen, gewissenhaften und erfahrenen Kaufmann verlangt werden kann. Der Bewertende darf also seine Aktiven nicht höher bzw. seine Passiven nicht tiefer bewerten als das Gesetz es erlaubt.

Ferner sollen keine unrealisierten Gewinne ausgewiesen werden und allen erkennbaren Risiken durch entsprechende Abschreibungen oder Rückstellungen Rechnung getragen werden. (1)

b) Die Bilanzklarheit

Der Grundsatz der Bilanzklarheit fordert eine eindeutige, wahrheitsgetreue, also richtige und genaue Bezeichnung der Bilanzposten, so dass sie jeder buchhalterisch geschulte Leser versteht. (2) So sollen insbesondere unklare Zusammenfassungen von Bilanzposten vermieden werden. Im weiteren ist die nach Art. 959 OR ebenfalls zur Bilanzklarheit gehörende Uebersichtlichkeit der Bilanz zu berücksichtigen.

c) Die Verletzung des Grundsatzes von Bilanzwahrheit und Bilanzklarheit

Der handelsrechtliche Grundsatz der Bilanzwahrheit und Bilanzklarheit ist verletzt, wenn die Abschlussrechnungen - insbesondere aber die ihnen zugrunde liegende, laufende Geschäftsbuchhaltung - unübersichtlich, ungenau, unvollständig oder unwahr ist. Verstösse gegen diesen Bilanzierungsgrundsatz liegen insbesondere in folgenden Fällen vor (3):

1. Wenn die für die Erstellung der Abschlussrechnung notwendigen, laufenden Aufzeichnungen der Geschäftsvorfälle überhaupt fehlen oder unvollständig sind.
2. Wenn die den Abschlussrechnungen zu Grunde liegenden laufenden Aufzeichnungen nicht richtig gegliedert sind oder die Bezeichnung der einzelnen Konten unklar ist.

(1) Blumer K./Graf A., a.a.O., S. 67
(2) Blumer K./Graf A., a.a.O., S. 68
(3) Känzig E., Bilanz und Steuer, S. 36

3. Wenn in den der Abschlussrechnung zu Grunde liegenden laufenden Aufzeichnungen Geschäftsvorfälle mit unrichtigen Beträgen eingestellt oder fingiert, unwahr oder irreführend bezeichnet werden.

4. Die Bilanzkontinuität

Unter Bilanzkontinuität ist die Bilanzstetigkeit sowohl in Bezug auf die zur Anwendung kommenden Bilanzierungsansätze als auch in Bezug auf die Fortführung des Bilanzschemas zu verstehen. (1)

Im Gesetz jedoch ist der Grundsatz der Bilanzkontinuität nicht aufgeführt. Daher ist eine Abweichung der einmal vorgenommenen Bewertung der Aktiven in späteren Bilanzen möglich, sofern im Rahmen des gesetzlich Zulässigen nach anderen Bewertungsmethoden verfahren wird. So können z.B. beim Anlagevermögen die Abschreibungssätze gegenüber denen früherer Jahre erhöht oder herabgesetzt werden, zudem können früher vorgenommene Abschreibungen wieder rückgängig gemacht werden.

Eine Aenderung der Bewertungsgrundsätze sollte jedoch nicht willkürlich vorgenommen werden. Insbesondere aber sollte nicht ohne zwingende Gründe ein Bilanzschema geändert werden, da dadurch ein Vergleich zu früheren Geschäftsjahren erschwert wird. Eine erforderliche Aenderung des Schemas sollte nicht verschwiegen werden, damit Irrtümer von vornherein vermieden werden können. (2)

Die Bilanzkontinuität enthält zudem die Forderung nach Bilanzidentität, d.h. die Anfangsbilanz des neuen Jahres muss mit der Schlussbilanz des vorangehenden Jahres übereinstimmen. (3)

(1) Reichmuth A., Bewertungsgrundsätze für die Bilanz der Aktiengesellschaft, S. 10

(2) v.Steiger F., Das Recht der AG in der Schweiz, S. 248

(3) Reichmuth A., a.a.O., S. 11

B. Bewertungsgrundsätze

1. Grundsätzliche Bemerkungen

Art. 960 II OR enthält grundsätzliche Vorschriften über die Bilanzierung von Aktiven. Danach sind diese höchstens nach dem Werte anzusetzen, der ihnen im Zeitpunkt der Bilanzerrichtung zukommt. Der Zweck dieser Vorschriften besteht darin, unstatthafte Höherbewertungen der Aktiven oder eine zu geringe Bewertung der Passiven zu verhindern. Dabei gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass eine Minderbewertung von Aktiven unter dem gesetzlich zulässigen Ansatz oder zu reichliche Abschreibungen nicht verboten sind, sofern dadurch nicht eine widerrechtliche Benachteiligung von Aktionären oder Dritten beabsichtigt wird. (1) Daher kann der Aktionär auch nicht verlangen, dass zu gesetzlich zulässigen Maximalwerten bilanziert wird. Eine Klagemöglichkeit ist nur gegeben, wenn die Abschreibungen oder Rückstellungen sich in keiner Weise rechtfertigen lassen. (2)

Art. 960 III OR weist auf die abweichenden Bilanzvorschriften für die Aktiengesellschaft hin. Diese sind in Art. 664ff OR geregelt und enthalten strengere Bestimmungen über die Bewertung von Aktiven und Passiven. Aber auch hier bilden die zulässigen Höchstwerte die einzigen ausdrücklich vom Gesetz vorgesehenen Fixpunkte des Bewertungssystems.

2. Die speziellen Bewertungsvorschriften für die Aktiengesellschaft

a) Die Bewertung der Aktiven

Bei den Aktiven ist grundsätzlich zwischen Anlage- und Umlaufvermögen zu unterscheiden. Eine klare Begriffsab-

(1) v.Steiger F., a.a.O., S. 246

(2) v.Steiger F., a.a.O., S. 246

grenzung wird jedoch vom Gesetz mangels ausführlicher Gliederungsvorschriften nicht gegeben. Daher muss aus den Bewertungsvorschriften selbst, den Grundsätzen ordnungsmässiger Buchführung und Bilanzierung, sowie aus dem Grundsatz der Bilanzklarheit abgeleitet werden, welche Posten überhaupt und wie gegliedert aufzuführen sind.

aa) Die Bewertung des Anlagevermögens

Das Anlagevermögen umfasst alle jene materiellen und immateriellen Vermögensteile, welche nicht zum Zwecke der Veräusserung beschafft werden, sondern der Unternehmung zur dauernden oder mehrmaligen Nutzung dienen. (1)

Als Bewertungsregel für das Anlagevermögen gilt Art. 665 OR, nach der solche Vermögensgüter höchstens zu den Anschaffungs- oder Herstellkosten in die Bilanz einzustellen sind, unter Abzug der den Umständen angemessenen Abschreibungen. Unter den Anschaffungskosten ist der Erwerbspreis und sämtliche Nebenausgaben wie Provisionen, Stempel, Steuern, unter den Herstellkosten die effektiven Aufwendungen der Gesellschaft für die Rohstoffe, die Arbeitslöhne, die Kreditkosten ohne anteilsmässige Mitberücksichtigung der Gesamtunkosten des Betriebes zu verstehen. (2)

Wie bereits erwähnt, stellen Anschaffungs- und Herstellungskosten Höchstwerte für die Bilanzierung dar. Sind nun Aktiven unter ihrem wirklichen Wert bilanziert, so dürfen sie jederzeit bis zum Maximalwert nach Art. 665 OR wieder erhöht werden.

(1) Blumer K./Graf A., a.a.O., S. 100

(2) v.Steiger F., a.a.O., S. 259
speziell zum Problem der Generalunkosten:
Schucany E., Gehören Generalunkosten zu den Anschaffungs- oder Herstellkosten des Art. 666 I OR, in: SAG 25 (1952/53) S. 224ff
Schmid R.M., Die Bilanzierung des Anlage- und Umlaufvermögens nach schweiz. Aktienrecht, S. 50ff

bb) Die Bewertung des Umlaufvermögens

Nach Art. 666 I OR sind unter dem Umlaufvermögen Rohstoffe, fertige und halbfertige Fabrikate, Waren und andere zur Veräusserung bestimmte Vermögensstücke zu verstehen. (1) Für deren Bewertung gelten ebenfalls nach Art. 666 I OR als Maximalsätze die Anschaffungs- oder Herstellkosten. Sind jedoch diese Kosten höher als der im Zeitpunkt der Errichtung der Bilanz allgemein geltende Preis, d.h. der Börsen- oder Marktpreis, so darf höchstens dieser Preis eingesetzt werden. Gemäss dem Niedrigstwertprinzip gilt jeweils der niedrigere der beiden Werte.

cc) Die Bewertung von Wertpapieren

Für die Bewertung von Wertpapieren ist nach Art. 667 OR zwischen solchen mit Kurswert und solchen ohne Kurswert zu unterscheiden.

Bei den Wertpapieren mit Kurswert handelt es sich um die an der Börse kotierten und die nichtkotierten, aber regelmässig ausserbörslich gehandelten Papiere. (2) Sie sind nach dem Mittel der im letzten Monat vor dem massgebenden Stichtag bezahlten Kurse oder notierten Geldkurse zu gewerten.

Nach Art. 667 II OR sind Wertpapiere ohne Kurswert, d.h. Aktien und Obligationen ohne Kurswert, Grundpfandtitel, Anteile an GmbH und Genossenschaften, höchstens zum Kostenpreis unter Berücksichtigung laufender Erträge einzusetzen, wobei einer allfälligen Wertverminderung Rechnung zu tragen ist. Das bedeutet, dass Wertpapiere ohne Kurswert höchstens zum Anschaffungswert bilanziert werden dürfen, später eintretende Wertvermehrungen jedoch nicht berücksichtigt werden können.

(1) Blumer K./Graf A., a.a.O., S. 149
(2) Blumer K./Graf A., a.a.O., S. 150

Ein Problem bei der Bewertung von Wertpapieren ergibt sich bei dauernden Beteiligungen. Der Inhalt der Diskussion liegt darin, ob dauernde Beteiligungen Anlagevermögen darstellen und daher nach Art. 665 OR zu bewerten sind, oder ob sie wie die anderen Wertpapiere gemäss Art. 667 OR zu behandeln sind. (1)

b) Die Bewertung auf der Passivseite

Das schweizerische Aktienrecht kennt keine spezielle Regelung für die Bewertung von Passiven. Art. 668ff OR geben lediglich eine Aufzählung von Passivposten. Die Passiven betreffende Bewertungsvorschriften finden sich in Art. 669 I OR und Art. 670 II OR.

Da keine grundsätzliche Regelung über die Wertansätze dem Gesetz zu entnehmen ist, finden die für die Aktiven geltenden Vorschriften in entsprechend umgekehrter Weise auf die Passiven Anwendung. (2) Entsprechend der Zulässigkeit von Unterbewertungen auf der Aktivseite sind auf der Passivseite Höherbewertungen möglich, wobei sich der Umfang der Höherbewertung nach der Bilanzvorsicht und den Grundsätzen der ordnungsmässigen Buchführung und Bilanzierung bestimmt. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass das Grundkapital und die Reserven, Amortisationskonten und effektive Passiven nicht anders ausgewiesen werden dürfen, als den Tatsachen entsprechend. Zudem ist es unstatthaft, fiktive Kreditoren auszuweisen. (3)

(1) v.Steiger F., a.a.O., S. 259ff
Blumer K./Graf A., a.a.O., S. 144ff

(2) Blumer K./Graf A., a.a.O., S. 175

(3) Folliet E., Le bilan dans les sociétés anonymes, du point de vue juridique et comptable, S. 39

3. Die Möglichkeit zur Bildung von stillen Reserven

a) Begriff und Wesen der stillen Reserven

Art. 663 OR enthält keine Legaldefinition des Begriffes der stillen Reserven, sondern nennt lediglich eine Möglichkeit ihrer Bildung durch Bilanzierung zu Ansätzen, die unter dem wirklichen Wert der Aktiven stehen.

Unter den Reserven einer Aktiengesellschaft ist der ihr Grundkapital übersteigende Teil des Gesellschaftsvermögens zu betrachten, der aus der Nichtausschüttung von Gewinnen sowie aus Einlagen der Aktionäre, die nicht auf das Grundkapital entfallen, entstanden sind. (1) Als stille Reserven sind nun solche zu verstehen, die in der Bilanz überhaupt nicht in Erscheinung treten oder lediglich angedeutet sind. (2) Das bedeutet deren Geheimhaltung gegenüber Aktionär und Oeffentlichkeit, sei es in Bezug auf ihren Bestand überhaupt, sei es zumindest aber in Bezug auf ihren Umfang. (3) Die Verwaltung ist gemäss Art. 663 III OR lediglich gegenüber der Kontrollstelle auskunftspflichtig.

Grundsätzlich sind vier Arten der stillen Reservenbildung zu unterscheiden (4):

1. Die Unterbewertung von Aktiven durch Abschreibungen, die über die effektive Wertverminderung hinausgehen
2. Die Ueberbewertung von Passiven durch Rückstellungen, welche die tatsächlichen Risiken übersteigen
3. Das Weglassen von bestehenden Aktiven durch Abschreibung auf Null oder durch Verbuchung über ein Aufwandkonto
4. Aufführung fiktiver Schulden

(1) Käfer K., Die Unternehmung, schweiz. Zeitschrift für Betriebswissenschaft 20 (1966) S. 14
Bürgi W.F., Kommentar, Art. 662/663 OR, N. 48

(2) als Beispiel: Bilanzierung eines Aktivpostens zu Fr. 1.-

(3) v.Steiger F., a.a.O., S. 265
Bürgi W.F., Kommentar, Art. 662/663 OR, N. 49

(4) Amrein F., Publizität und stille Reserven, in: SAG 39 (1967) S. 2
v.Steiger F., a.a.O., S. 247
Käfer K., Stille Reserven, in: SAG 48 (1976) S.54

b) Die Schranken der stillen Reservenbildung

Nach Art. 663 OR darf die Verwaltung nicht beliebig, sondern nur in dem Masse stille Reserven äufnen, als dies die Rücksicht auf das dauernde Gedeihen der Unternehmung oder die Verteilung einer möglichst gleichmässigen Dividende als angezeigt erscheinen lässt.

Es scheint klar zu sein, dass diese Schranken in Bezug auf den Umfang stiller Reserven sehr weit gefasst sind, insbesondere der Begriff des "dauernden Gedeihens" ist extensiv interpretierbar. (1) Daher kann nicht allein auf diesen Begriff abgestellt werden, da im Grunde zweifellos sämtliche erwirtschafteten Gewinne zum Gedeihen der Unternehmung reinvestiert werden könnten. (2) Es gilt jedoch zu beachten, dass der Vorrang der stillen Reserven vor der Gewinnausschüttung als durchaus berechtigt anzusehen ist.

Als weitere gesetzliche Schranke ist die nur teilweise Zulassung der oben erwähnten Bildungsmöglichkeiten stiller Reserven festzuhalten. Ausdrücklich nennt das Gesetz nur die Unterbewertung der Aktiven, es bezeichnet jedoch weiter die Anlage anderer stiller Reserven als zulässig. (Art. 663 OR) Das vollständige Weglassen von Aktiven verstösst nach unserer Meinung gegen den in der Marginale von Art. 959 OR enthaltenen Grundsatz der Bilanzwahrheit und -klarheit. Abhilfe kann dagegen geschaffen werden, indem solche Aktivposten pro memoria mit einem Betrag von Fr. 1.- in der Bilanz erwähnt werden. Die Verbuchung fiktiver Schulden verstösst ebenfalls gegen Art. 959 OR, sofern diese mit einer offensichtlich unwahren Kontenbezeichnung verbunden sind. (3) Zulässig

(1) Bürgi W.F., Kommentar, Art. 674 OR, N. 6

(2) Kaufmann O.K., Das Recht auf Dividende, S. 21

(3) Beeler G., Die Buchführung nach schweiz. OR, S. 80f
Bürgi W.F., Kommentar, Art. 662/663 OR, N. 66/67

ist dagegen die Bildung von stillen Reserven auf Konti wie "diverse Kreditoren", "Kreditoren und Rückstellungen" oder "sonstige Passiven". (1)

4. Folgen der Verletzung von Bewertungsvorschriften

Eine Verletzung der handelsrechtlichen Bewertungsvorschriften kann grundsätzlich auf zwei Arten erfolgen. Einerseits besteht die Möglichkeit der Ueberbewertung von Aktiven, andererseits die Unterbewertung von Passiven. In beiden Fällen entspricht eine solche Abschlussrechnung nicht den materiellen Anforderungen, die das Handelsrecht an eine Abschlussbilanz stellt.

Das Aktienrecht selbst sieht keine Sanktionen vor für den Fall der Einsetzung eines die Anschaffungs- oder Herstellkosten übersteigenden Wertes. Das Bundesgericht hat jedoch einen gegen Art. 665 OR verstossenden Aufwertungsbeschluss als anfechtbar erklärt. (2) Das Basler Verwaltungsgericht hält einen solchen sogar für nichtig. (3)

Grundsätzlich ist es Aufgabe der Kontrollstelle, zu untersuchen, ob die Darstellung des Geschäftsergebnisses und der Vermögenslage den gesetzlichen Bewertungsvorschriften (4) entspricht. Sie hat sich auch darüber zu vergewissern, ob die in der Bilanz aufgeführten Aktiven tatsächlich vorhanden sind und nicht bloss in den Inventaren figurieren und dass die Passiven der Gesellschaft vollumfänglich erfasst wurden. (5)

(1) v.Steiger F., a.a.O., S. 191
Bürgi W.F., Kommentar, Art. 662/663 OR, N. 85

(2) vgl. Bger. v. 28.4.1961, Archiv Bd. 30, S. 188

(3) BJM 1962 S, 109ff

(4) vgl. BGE 93 II 22 und die Kritik dieses Urteils von Schultz G., in: Schweizer Treuhänder, Okt. 1967, S. 289ff

(5) v.Steiger F., a.a.O., S. 283

C. Verletzung der Grundsätze aktienrechtlicher Buchführung und Bilanzierung durch verdeckte Gewinnausschüttung

Die Verwaltung der Aktiengesellschaft ist dafür verantwortlich, dass die notwendigen Geschäftsbücher geführt und die Gewinn- und Verlustrechnung sowie die Bilanz nach den gesetzlichen Vorschriften aufgestellt werden. Nur eine geordnete Führung der Geschäftsbücher ermöglicht die Berechnung des Gewinnes. Wie bereits früher erwähnt, hängt die Höhe dieses Reingewinnes weitgehend von der Bewertung der einzelnen Bilanzposten ab. Die Berechnung des Reingewinnes wie er zur Verteilung kommt, wird daher stark von der richtigen Erfüllung der Buchführungs- und Bilanzpflichten der Verwaltung beeinflusst.

In diesem Zusammenhang gilt es insbesondere die Grundsätze der Bilanzklarheit und der Bilanzwahrheit zu beachten. Der Grundsatz der Bilanzklarheit soll ein klares und übersichtliches Bild der Bilanz sicherstellen, der Grundsatz der Bilanzwahrheit ist im Sinne von getreuer und gewissenhafter Rechenschaftslegung zu verstehen. (1) Eine verdeckte Gewinnausschüttung ist nun aber mit diesen beiden Grundsätzen nicht vereinbar. Dies soll anhand einiger Beispiele verdeutlicht werden.

Eine Aktiengesellschaft führt in ihrer Bilanz unter dem Posten Kasse einen Betrag von Fr. 53'461.50 auf. In Wirklichkeit handelt es sich dabei um ein Darlehen, das dem Hauptaktionär zinslos gewährt wurde. (2) Richtigerweise wäre dieser Posten unter den Debitoren zu bilanzieren. Ist das Darlehen uneinbringbar oder soll überhaupt nicht mehr zurückbezahlt werden, so liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung im Betrage des zur Verfügung gestellten Darlehens vor. Zudem liegt ebenfalls im Zinsverzicht der Gesellschaft eine verdeckte Gewinnausschüttung. Dieser

(1) Heinen E., Handelsbilanzen, S. 75

(2) vgl. dazu "Steuer-Revue", Oktober 1957, S. 453

wird möglich, weil dieses Darlehen nicht als Darlehen, sondern als Kassabestand bilanziert wird, was einen Verstoss gegen den Grundsatz der Bilanzwahrheit darstellt. Für die übrigen Aktionäre ist eine derartige verdeckte Gewinnausschüttung nur schwerlich erkennbar. Immerhin muss es Aufgabe der Kontrollstelle sein, auf diese unrichtige Bilanzierung aufmerksam zu machen.

Ein weiteres Beispiel, das einen Verstoss gegen die Grundsätze der Bilanzklarheit und -wahrheit darstellt, ist die unzulässige Aufwertung des Warenlagers durch Auflösung von stillen Reserven zugunsten des Salärkontos um den Totalbetrag der Gehälter geringer erscheinen zu lassen und ungerechtfertigte Bezüge von Direktoren auf diese Weise zu verheimlichen. (1)

Generell lässt sich zu überhöhten Gehältern von Gesellschafter-Geschäftsführern, die gesamthaft als Aufwand verbucht werden, sagen, dass sie mit den oben angeführten Grundsätzen nicht vereinbar sind. Der Verstoss liegt darin, dass der über ein den Dienstleistungen entsprechendes Gehalt hinausgehende Betrag entgegen den Regeln der ordnungsgemässen Buchführung im Jahresabschluss ausgewiesen wird, indem er der Gewinn- und Verlustrechnung als Aufwand belastet wird. Richtigerweise wären solche verdeckten Gewinnausschüttungen einem Kapitalkonto der Gesellschaft im weiteren Sinne zu belasten. (2) Darunter sind neben dem Grundkapitalkonto insbesondere die Reservenkonti und das Jahresgewinnkonto zu verstehen. Würde nun diese Transaktion nicht über Aufwand, sondern als Minderung eines freiwilligen Reservekontos erfolgen, so wäre kein Verstoss gegen die Grundsätze der Bilanzwahrheit und -klarheit anzunehmen. Vielmehr muss aber dann die Frage gestellt

(1) Staehelin M. jun., in: ZSR NF. 58 (1939), S. 181a

(2) Bengs H., Die Versteuerung verdeckter Ausschüttungen und verdeckter Gewinnausschüttungen bei Kapitalgesellschaften, in: Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung, 1938, S. 55

werden, ob es sich dabei noch um eine Gewinnausschüttung handelt, die verdeckt erfolgt.

Ein weiterer Verstoss gegen die Grundsätze ordnungsgemässer Buchführung in Zusammenhang mit einer verdeckten Gewinnausschüttung liegt dann vor, wenn ein Gegenstand der Unternehmung unter seinem wirklichen Wert an einen Gesellschafter verkauft wird und der zu niedrige Verkaufspreis den Buchungen zu Grunde gelegt wird. Eine derartige Verbuchung hat zur Folge, dass der in der Jahresschlussrechnung ausgewiesene Gewinn zu niedrig ist, oder ein allfälliger Verlust zu gross dargestellt wird. In Wirklichkeit liegt aber ein kleinerer Verlust oder ein grösserer Gewinn vor, da durch diesen Verkauf unter dem wirklichen Wert des Gegenstandes eine Gewinnausschüttung vorgenommen wurde. Dies kommt insbesondere dort klar zum Ausdruck, wo der verkaufte Gegenstand einen Marktwert hat. Verkauft z.B. eine Gesellschaft einem ihrer Gesellschafter ein Grundstück zu dessen Buchwert, so wird diese Transaktion in der Buchhaltung nicht vollständig erfasst. Die Unternehmung hätte nämlich beim Verkauf des Grundstückes an einen Dritten einen höheren Preis erzielt als nur den Gegenwert für den Buchwert zu erhalten. Dadurch verzichtet sie absichtlich auf einen Teil ihrer Gewinnchance. Der entgangene Nutzen muss als Gewinnausschüttung an den Gesellschafter angesehen werden. Eine entsprechende Buchung findet in einem solchen Falle jedoch nicht statt.

Im umgekehrten Fall, wenn eine Unternehmung von einem Gesellschafter einen Gegenstand zu einem überhöhten Preis kauft, liegt neben der Unvollständigkeit der Verbuchung zudem noch ein Verstoss gegen die Bewertungsvorschriften vor, da keine fiktiven Aktiven in der Bilanz ausgewiesen werden dürfen. Verkauft nun die Unternehmung diesen Gegenstand in der gleichen Rechnungsperiode einem Dritten zum Marktwert, so weist die Gesellschaft am Ende des Jahres einen zu niedrigen Gewinn aus, da eben ein Teil davon bereits

während des Jahres ausgeschüttet wurde. Bleibt der Gegenstand dagegen im Vermögen der Gesellschaft, d.h. er wird aktiviert, weist die Bilanz ein fiktives Aktivum aus, das handelsrechtlich nicht zulässig ist. Eine Korrektur durch eine Sonderabschreibung im laufenden Jahr unterbleibt meistens, da dadurch die verdeckte Gewinnausschüttung aufgedeckt würde und etwaige Geschädigte auf diese Transaktion aufmerksam gemacht würden. Vielmehr wird in den zukünftigen Rechnungsperioden eine Abschreibung vom zu hohen Anschaffungskostenwert vorgenommen, sodass die jährlichen Abschreibungen zu hoch bewertet werden und die zukünftigen Gewinne dadurch ungerechtfertigterweise geschmälert werden. Die ordnungsgemässe Verbuchung wäre derart, dass der Gegenstand zum wirklichen Wert in die Bilanz aufgenommen würde und der zusätzliche Betrag als Reduktion des freiwilligen Reservekontos in die Geschäftsbücher aufgenommen würde. Dadurch würde zwar die Transaktion nicht mehr gegen die Grundsätze der ordnungsgemässen Buchführung verstossen, es ist aber zu überlegen, wie später noch zu zeigen sein wird, ob nicht ein Verstoss gegen andere Bestimmungen, man denke an den Grundsatz der Gleichbehandlung oder an das Verbot der Einlagenrückgewähr, vorliegt. Zudem muss berücksichtigt werden, dass eine derartige Verbuchung in der Praxis kaum vorkommt, da die Gewinnausschüttung dadurch offen dargelegt würde. Ausserdem werden Geschäftsvorfälle unnötig auseinandergerissen, wodurch Klarheit und Uebersichtlichkeit der Verbuchung beeinträchtigt wird.

Diese Beispiele zeigen, dass eine verdeckte Gewinnausschüttung eine unklare, unwahre und unvollständige Buchführung zur Folge hat. Gerade aber im Interesse einer gewissenhaften und ordnungsgemässen Geschäftsführung ist es unerlässlich, dass sämtliche Geschäftsvorfälle in formeller wie auch materieller Hinsicht korrekt verbucht werden. Dies ist auch die Forderung, die der Gesetzgeber in Art. 957 OR aufstellt.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass verdeckte Gewinnausschüttungen einerseits gegen die in Art. 957 OR geforderte ordnungsgemässe Buchführung, andererseits teilweise zudem gegen die in Art. 664ff OR aufgestellten Bewertungsvorschriften verstossen.

Eine Bilanz, die nicht vollständig, unrichtig, unklar oder unübersichtlich ist, ist anfechtbar. Es gilt jedoch den Vorbehalt anzubringen, dass eine Klage aus Art. 706 OR unzulässig ist, wenn sie sich auf einen Sachverhalt stützt, der Gegenstand einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Organe der Gesellschaft bilden kann.

III. Verletzung der Reservenbildungspflicht

A. Allgemeine Grundlagen

1. Der Begriff

Unter aktienrechtlichen Reserven versteht man den das Grundkapital übersteigenden Teil des Gesellschaftsvermögens, der aus unverteilten Gewinnen oder Agios geäufnet und teilweise nach Gesetz, Statuten oder durch Beschluss der Generalversammlung zweckgebunden ist. (1)

Im Gegensatz zum festen Grundkapital der Kapitalgesellschaften bestehen die Reserven nicht in einer zum voraus bestimmten Grösse. So sind sie zumeist im Anfangsstadium einer Unternehmung lediglich in bescheidenem Rahmen vorhanden, werden jedoch in der Folge kontinuierlich geäufnet, sofern der finanzielle Erfolg der Unternehmung dies gestattet.

2. Die betriebswirtschaftliche Notwendigkeit der Reserven

Den Reserven stehen wesentliche Funktionen zu, die eng mit der Existenz und der Entwicklung einer Unternehmung verbunden sind.

Reserven dienen als Sicherung der Entwicklung und dauernden Erhaltung der Unternehmung. Sie schützen die Unternehmung gegen Gefahren, die ihr innerhalb und ausserhalb des Betriebes drohen. So besagt Art. 671 III OR, dass die gesetzlichen Reserven für Massnahmen verwendet werden dürfen, welche dazu geeignet sind, in Zeiten schlechten Geschäftsganges die Unternehmung durchzuhalten, die Arbeitslosigkeit zu steuern oder deren Folgen zu mildern. Dieser Bestimmung liegt der Gedanke der erhöhten Krisenfestigkeit zu Grunde.

(1) Bürgi W.F., Kommentar, Art. 671 OR, N. 2

Mit jeder Reservenbildung wird das Eigenkapital erhöht. Die Motive, die zu einer solchen Erweiterung führen, sind einerseits die Erhöhung der Kreditwürdigkeit, andererseits die Erlangung der Unabhängigkeit vom Geld- und Kreditmarkt. Insbesondere dadurch kann bei Betriebserweiterungen eine Umgehung von Emissionskosten und eine Einsparung von Zinskosten erreicht werden.

Durch die Reservepolitik kann die Unternehmungsleitung zudem die Dividendenausschüttungen so gestalten, wie sie es als zweckmässig erachtet. Insbesondere die stillen Reserven sind geeignet, als Gewinnregulierungsmittel zu dienen.

Es muss aber klar erkannt werden, dass die Bildung von Reserven allein die Krisenbeständigkeit nicht erhöht, da Zahlungsschwierigkeiten nur mit einer entsprechenden Liquidität der Unternehmung vermieden werden können.

3. Die Arten der Reserven

Die Literatur kennt verschiedene Einteilungskriterien für die Gliederung der Reserven. (1) Uns interessiert hier besonders die Einteilung nach der Rechtsgrundlage, wo zwischen gesetzlichen, statutarischen und beschlussmässigen oder ausserordentlichen Reserven unterschieden wird. (2)

a) Die gesetzlich bedingten Reserven

Art. 671 OR bestimmt, dass jährlich ein Zwanzigstel aus dem Reingewinn von Gesetzes wegen einem allgemeinen Reservefonds zuzuweisen ist, bis dieser einen Fünftel des einbezahlten Grundkapitals beträgt. Darüber hinaus sind

(1) Bürgi W.F., Kommentar, Art. 671 OR, N. 3ff
(2) Folliet E., a.a.O., S. 302

dem gesetzlichen Reservefonds, auch nachdem er die vorgeschriebene Mindesthöhe erreicht hat, die Reinerträge bei Ueberpari-Emissionen, sofern solche nicht zu Abschreibungen oder zu Wohlfahrtszwecken verwendet werden, ferner die Mehrerträge aus Aktienkaduzierungen und schliesslich ein Betrag von einem Zehntel jener, nach der ordentlichen Speisung des Reservefonds und nach der Bezahlung einer Dividende von fünf Prozent, an Aktionäre und an andere Gewinnbeteiligte verteilten Summe einzuverleiben.

aa) Die erste Zuweisung an den Reservefonds nach Art. 671 I OR

Art. 671 I OR schreibt vor, dass aus dem Reingewinn jährlich ein Betrag von einem Zwanzigstel einem allgemeinen Reservefonds zuzuweisen ist, bis dieser eine Höhe von einem Fünftel des einbezahlten Grundkapitals erreicht hat. Diese Zuweisung ist zwingend, unabhängig davon, ob Teile des ausgewiesenen Reingewinnes an die Aktionäre ausgeschüttet werden oder ob, in Anbetracht einer gegebenen Geschäftslage, lediglich Reserven gebildet werden.

Im ausgewiesenen Reingewinn ist ein allfälliger Verlust- oder Gewinnvortrag enthalten. Es stellt sich nun die Frage, ob dieser bei der Ermittlung des Anteiles des Gewinnes der in den Reservefonds einzulegen ist, berücksichtigt werden muss. Aus dem Gewinnvortrag ist bereits in einer früheren Periode eine Zuweisung an die gesetzlichen Reserven erfolgt. Daher kann er vom ausgewiesenen Reingewinn abgezogen werden. Nur von einem allfällig verbleibenden Restbetrag sind fünf Prozent oder ein höherer statutarischer Satz dem allgemeinen Reservefonds gutzuschreiben. (1) Eine Nichtberücksichtigung dieser Tatsache würde eine Mehrfachspeisung der gesetzlichen Reserven zur Folge haben, indem dann von einem erneut für

(1) Folliet E., a.a.O., S. 312
Bossard E., Die Reserven der AG im neuen OR, S. 92
Staehelin M. jun., in: ZSR NF. 58 (1939) S. 152a

die Reservenzuweisung herangezogenen Gewinnvortrag nach zwei Jahren bereits ein Zehntel dieses Betrages zurückgestellt wäre. Ein allfälliger Verlustvortrag ist im ausgewiesenen Reingewinn berücksichtigt, indem er vom Jahresgewinn in Abzug gebracht worden ist. Für die Zuweisung an den gesetzlichen Reservefonds ist in diesem Falle vom ausgewiesenen Reingewinn auszugehen, da ein Reingewinn im Sinne von Art. 671 I OR erst vorliegt, wenn ein echter Verlustvortrag zuvor getilgt worden ist. (1)

Die Zuweisungspflicht an den gesetzlichen Reservefonds wird sistiert, sobald dieser die vorgeschriebene Mindesthöhe von einem Fünftel des einbezahlten Grundkapitals erreicht hat. Die Zuweisungspflicht erwächst aber wieder, wenn der gesetzliche Reservefonds zur Deckung von Bilanzverlusten herbeigezogen werden musste und er dadurch unter die vorgeschriebene Mindesthöhe gefallen ist. (2) Zudem verlangen Erhöhungen und Verminderungen des Gesellschaftskapitals eine entsprechende Anpassung der gesetzlichen Reserven. (3)

bb) Die zweite Zuweisung an den Reservefonds nach Art. 671 II Ziff. 3 OR

Eine zweite Zuweisung an den gesetzlichen Reservefonds wird erforderlich, wenn zusätzlich zu einer Mindestdividende von fünf Prozent den Aktionären und sonstigen Berechtigten noch weitere Gewinnanteile ausgeschüttet werden. Diese Zuwendung hat ohne Rücksicht auf die Höhe der bereits bestehenden

(1) Folliet E., a.a.O., S. 305

(2) Bossard E., a.a.O., S. 92

(3) Bürgi W.F., Kommentar, Art. 671 OR, N. 47
Folliet E., a.a.O., S. 346

gesetzlichen Reserven zu erfolgen. Dabei ist zu beachten, dass sie sich nicht nach dem verfügbaren Reingewinn richtet, sondern lediglich nach dem Gewinnanteil, der zusätzlich zu einer Mindestdividende von fünf Prozent verteilt wird.

Dabei ist unter der Bezeichnung "weitere Gewinnanteile" die Gesamtheit der an Gewinnberechtigte ausbezahlten Beträge, die neben der Mindestdividende erfolgen, zu verstehen. Leistungen an Nichtberechtigte sind dagegen nicht einzuschliessen. (1)

Die Berechnung der zweiten Dotationsquote für den gesetzlichen Reservefonds ist verschieden interpretierbar. (2) In Anlehnung an Bossard (3) scheint uns folgende Auslegung sinnvoll. Unter der Dividende von fünf Prozent ist nichts anderes als die ordentliche Dividende an die Aktionäre zu verstehen, unter den weiteren, für die zweite Einlage in den Reservefonds pflichtigen Beträge dagegen alles, was nachher an Aktionäre in Form einer Superdividende, an Verwaltungsratsmitglieder und Angestellte in Form von Tantièmen, an Genussscheininhaber und an Obligationäre mit Gewinnbeteiligung ausbezahlt wird. Werden nur vier Prozent Dividende und der Rest in Tantièmen ausgeschüttet, wobei aber die ganze ausgeschüttete Summe mehr als fünf Prozent des einbezahlten Grundkapitals ausmacht, so wäre jener Teil pflichtig für die zweite Einlage in den gesetzlichen Reservefonds, der den Betrag einer angenommenen fünfprozentigen Dividende übersteigt.

Eine Umgehung dieser Zuweisungspflicht ist ohne weiteres denkbar, besteht doch die Möglichkeit, jene Beträge, die unter die zweite Dotierungspflicht fallen, auf Gewinnvortrag oder Dividendenreserve zurückzustellen, um sie dann

(1) Bürgi W.F., Kommentar, Art. 671 OR, N. 59

(2) Guhl T., Das neue Aktiengesellschafts- und Genossenschaftsrecht der Schweiz, S. 48

(3) Bossard E., a.a.O., S. 99
Staehelin M. jun., in: ZSR NF 58 (1939) S. 163a

auszubezahlen, wenn der Reingewinn einmal nicht ausreicht, eine Dividende von fünf Prozent auszuschütten. (1) Trifft dies über Jahre hinaus nicht zu, so kann mittels Kapitalerhöhungen oder Kapitalamortisationen diese Bestimmung umgangen werden. (2)

b) Die freiwilligen Reserven

Die statutarischen und beschlussmässigen Reserven werden nach freiem Willen der Gesellschaft gebildet, im Gegensatz zu den gesetzlichen, deren Bildung zwingendes Recht ist.

aa) Die statutarischen Reserven

Nach Art. 672 I OR können die Statuten für den gesetzlichen Reservefonds erstens höhere als die in Art. 671 I und II Ziff. 3 OR vorgeschriebenen Einlagen aus dem Reingewinn vorsehen und zweitens die erste Dotierungspflicht bis zu einer die gesetzliche Minimalhöhe von einem Fünftel des einbezahlten Grundkapitals übersteigenden, statutarischen Mindesthöhe verlangen. Zudem können die Statuten gemäss Art. 672 II OR die Anlage besonderer Fonds vorschreiben.

Im übrigen ist das Verhältnis der statutarischen Reserven zu anderen Verwendungen aus dem Reingewinn zu klären. Art. 674 I OR besagt, dass zuerst gesetzliche Reserven, dann freiwillige Reserven und der Wohlfahrtsfonds geäufnet werden müssen, bevor Dividenden ausgeschüttet werden dürfen. Demgegenüber bestimmt Art. 677 OR, dass vorerst gesetzliche Reserven zu speisen sind, dann eine Dividende von vier Prozent oder von einem in den Statuten bestimmten höheren Satze auszuschütten sind und erst anschliessend Tantièmen und Superdividende zu gewähren sind. Es ist klar zu er-

(1) Folliet E., a.a.O., S. 312
(2) Folliet E., a.a.O., S. 239ff

kennen, dass in der Rangordnung von Art. 677 OR die freiwilligen Reserven und der Wohlfahrtsfonds unberücksichtigt geblieben sind. Dies darf aber nicht darauf hindeuten, dass der Gesetzgeber zulasten der statutarischen Reserven und Wohlfahrtsfonds die Auszahlung von Dividenden und Tantièmen begünstigen wollte. Dies würde dem Grundsatz des Schutzes der Unternehmung, der als wesentlicher Bestimmungsgrund für die Reservenbildung anzusehen ist, völlig widersprechen. (1)

Art. 677 OR bestimmt lediglich über die Gewinnanteile der Mitglieder der Verwaltung, nicht aber über die von Angestellten, insbesondere von Direktoren. Daher sind Tantièmen an Angestellte nicht an die Bedingungen des Art. 677 OR zu knüpfen. (2)

bb) Die beschlussmässigen oder ausserordentlichen Reserven

Soweit die Rücksicht auf das dauernde Gedeihen der Unternehmung oder auf die Verteilung einer möglichst gleichmässigen Dividende es als angezeigt erscheinen lässt, kann die Generalversammlung nach Art. 674 II OR Reserveanlagen beschliessen, die im Gesetz oder in den Statuten nicht vorgesehen sind oder über deren Anforderungen hinausgehen.

Dabei sind folgende Formen denkbar. Die beschlussmässige Reserve kann eine erhöhte Einlage in den gesetzlichen oder in einen statutarischen Reservefonds sein oder einen neuen Fonds gründen.

Als ausserordentliche Reserven sind ferner die von der Verwaltung nach Art. 663 II OR geschaffenen stillen Reserven zu betrachten.

(1) Meyer E., Die Bilanz der AG im künftigen Handelsrecht, S.92
Bürgi W.F., Kommentar, Art. 677 OR, N. 8
Egger A., Die AG und das rev. schweizerische OR, in: SJZ 34 (1937/38) S. 11

(2) Bossard E., a.a.O., S. 124
Die gleiche Auffassung im Entwurf des Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechtes von 1919, vgl. Bericht S. 119

B. Beispiel einer Gewinnverteilung

Zur Illustration der obigen Ausführungen soll folgendes Beispiel dienen: (1)

Es sei angenommen, dass die Statuten einer Aktiengesellschaft folgende Bestimmungen über die Gewinnverteilung enthalten:

1. Neben der gesetzlichen Reserve wird eine statutarische Reserve geäufnet. Derselben ist ein Sechstel des Reingewinnes zuzuweisen, der nach Zuwendung von fünf Prozent des Reingewinnes an den gesetzlichen Reservefonds und nach Ausschüttung einer Mindestdividende von fünf Prozent verbleibt.
2. Mindestens ein gleich grosser Betrag soll dem Wohlfahrtsfonds zugewiesen werden.
3. Die Verwaltung hat Anspruch auf eine Tantième, sofern eine Dividende von mehr als fünf Prozent ausgerichtet wird. Dieselbe beträgt ein Viertel des Mehrgewinnes, der nach Auszahlung einer Dividende von fünf Prozent und nach Aeufnung der Reserven an die Aktionäre ausbezahlt wird.

Die Gewinnverteilung sieht folgendermassen aus:

Reingewinn			50'000.-
(davon: Gewinnvortrag	10'000.-		
Jahresgewinn	40'000.-)		
a) 1. Zuweisung an gesetzlichen Reservefonds		2'000.-	
b) 5 % Dividende auf Aktienkapital von Fr. 500'000 nom.		25'000.-	27'000.-
			23'000.-
c) Zuweisung an statutarische Reserven ein Sechstel von 23'000.-		3'900.-	
d) Zuweisung an Wohlfahrtsfonds ein Sechstel von 23'000.-		3'900.-	7'800.-
			15'200.-
e) 2 % Superdividende auf Aktienkapital von Fr. 500'000 nom.		10'000.-	
f) Tantièmen, ein Viertel von 10'000.-		2'500.-	
g) 2. Zuweisung an gesetzl. Reservefonds ein Zehntel von 10'000.- und 2'500.-		1'250.-	13'750.-
h) Gewinnvortrag auf neue Rechnung			1'450.-

(1) Auszug eines Beispiels bei: Bürgi W.F., Kommentar, Art. 671 OR, N. 75ff

C. Die Verwendung der Reserven

1. Die Verwendung der gesetzlichen Reserven

Für die Verwendung der gesetzlichen Reserven ist nach Art. 671 III OR zu unterscheiden zwischen den Beträgen unter und jenen über der Hälfte des Grundkapitals. Beträge, die die Hälfte des Grundkapitals übersteigen, stehen der Generalversammlung zur freien Verfügung zu. (1) Ein Reservefonds, der jedoch weniger als die Hälfte des Grundkapitals beträgt, darf nur zur Deckung von Verlusten oder zu Durchhaltemassnahmen in Krisenzeiten, insbesondere zur Steuerung der Arbeitslosigkeit verwendet werden.

Unter den oben erwähnten Verlusten sind Bilanzverluste zu verstehen. (2) Verluste die auf irgend welche Art im Laufe des Geschäftsjahres entstehen, dürfen nicht während dem Geschäftsjahr durch Entnahme aus dem gesetzlichen Reservefonds gedeckt werden, sodass unter Umständen in der Jahresbilanz ein Gewinn ausgewiesen werden könnte, der zur Auszahlung von Dividenden berechtigen würde. (3)

Verfügungsberechtigung über den gesetzlichen Reservefonds hat nach Art. 671 III OR die Generalversammlung. Dies ergibt sich auch aus Art. 698 II Ziff. 3 OR wonach der Generalversammlung das Recht zur Genehmigung von Gewinn- und Verlustrechnung und Bilanz zusteht.

2. Die Verwendung von statutarischen Reserven

Bei statutarischen Reserven ist die Verfügungsberechtigung und auch die Zweckbestimmung durch die Statuten geregelt.

(1) Bürgi W.F., Kommentar, Art. 671 OR, N. 85

(2) Staehelin M. jun., in: ZSR NF. 58 (1939) S. 168a
Schucany E., Kommentar, Art. 671 OR, N. 8
deSenarclens J., Les réserves des sociétés anonymes, S. 183

(3) Bürgi W.F., in: SAG (1947/48) S. 29ff
Staehelin M. jun., in: ZSR NF. 58 (1939) S. 166a
Folliet E., a.a.O., S. 365

Jede Aenderung dieser Grundlagen bedarf daher einer Statutenänderung, die an allfällige Schranken der Statuten gebunden ist. (1)

3. Die Verwendung beschlussmässiger Reserven

Die Verfügungskompetenz über Reservefonds, die nicht im Gesetz oder in den Statuten vorgesehen sind und welche auf der Rechtsgrundlage eines Generalversammlungsbeschlusses beruhen, liegt bei der Generalversammlung selbst. (2)

D. Rechtsfolgen

Die Aeufnungspflicht gesetzlicher Reserven besteht auf Grund einer zwingenden und im Interesse der Oeffentlichkeit aufgestellten Norm. (3) Bilanzgenehmigungs- und Gewinnverteilungsbeschlüsse, die diese Vorschriften völlig oder teilweise missachten, sind nichtig. (4) Dagegen ist ein Beschluss der Generalversammlung, der gegen die Bildung von statutarischen Reserven verstösst, lediglich anfechtbar. (5)

(1) vgl. Art. 627 Ziff. 11 und 703 OR
Folliet E., a.a.O., S. 355

(2) Bossard E., a.a.O., S. 158

(3) Egger J.G., a.a.O., S. 78

(4) Wieland K., a.a.O., S. 103
Bossard E., a.a.O., S. 148
Egger J.G., a.a.O., S. 77
Folliet E., a.a.O., S. 302
Lediglich Anfechtbarkeit nehmen an:
deSenarclens J., a.a.O., S. 180
Steiner E., Von den Sanktionen im Aktienrecht, in: SAG 12 (1939/40) S. 76

(5) vgl. dazu Kapitel 3

E. Verletzung der Reservenbildungspflicht durch verdeckte Gewinnausschüttung

Eine verdeckte Gewinnausschüttung hat zumeist eine Schwächung der Unternehmung zur Folge, da bei der Verteilung an die Aktionäre die, entsprechend der obigen Darstellung, notwendige Zuweisung an die gesetzlichen Reserven unterbleibt. Dies wird deutlich im Falle wo anstelle einer Dividende ein ungerechtfertigt hohes Gehalt an die geschäftsführenden Aktionäre ausbezahlt wird und damit eine Umgehung der Reservenbildungspflicht versucht wird. Dieser Tatbestand ist insbesondere auch deshalb bedenklich, weil derartige Gehälter auch bei schlechtem Geschäftsgang, wenn beispielsweise die Unternehmung einen Verlust ausweist und daher keine Dividenden ausschütten kann, bezahlt werden, wodurch ein Substanzverlust der Unternehmung in Kauf genommen wird.

Bemessungsgrundlage für die gesetzliche Reservenzuweisung ist der Reingewinn. Durch die verdeckte Gewinnausschüttung wird der Reingewinn gekürzt und dadurch die gesetzliche Zuweisung an die Reserven und damit die Substanz der Unternehmung widerrechtlich geschmälert. Insbesondere die Gesellschaftsgläubiger werden dadurch in doppelter Weise gefährdet. Einerseits wird Kapital ausgeschüttet, das eigentlich als zusätzliches Haftungskapital bestimmt ist, d.h. es wird Vermögen, welches u.a. den Gläubigern als Sicherung ihrer Forderungen gegenüber der Gesellschaft dienen sollte, zweckentfremdet, indem es als Gewinn ausgeschüttet wird. Andererseits ist die Unternehmung durch verdeckte Gewinnausschüttungen in ihrer Existenz bedroht, was gleichzeitig eine Gefährdung der Forderungen der Gesellschaftsgläubiger bedeutet. Diese können nämlich, falls für Zeiten schlechten Geschäftsganges die Reserven ungenügend gross sind, im Falle eines Konkurses nur in den seltesten Fällen mit der Befriedigung ihrer Forderungen in voller Höhe rechnen.

Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass gesetzliche wie auch statutarische Reserven nur in beschränktem Masse geeignet sind, die Voraussetzung dafür zu schaffen, dass eine Unternehmung solche Krisenzeiten überstehen kann.

Innerhalb eines eng begrenzten Rahmens verstossen verdeckte Gewinnausschüttungen nicht gegen die Reservenzuweisungspflicht. Dies ist dann der Fall, wenn einerseits die gesetzliche Höhe des Reservefonds erreicht ist und andererseits die Dividende inklusive verdeckte Gewinnausschüttung weniger als fünf Prozent ausmacht.

Grundsätzlich muss aber angenommen werden, dass verdeckte Gewinnausschüttungen gegen die im Gesetz enthaltene erste Zuweisungspflicht verstossen, sofern der gesetzliche Reservefonds nicht bereits einen Fünftel des einbezahlten Aktienkapitals übersteigt. Ein Verstoss gegen die zweite Zuweisungspflicht liegt immer dann vor, wenn Dividende und verdeckte Gewinnausschüttung mehr als fünf Prozent des Grundkapitals betragen. Diese Folgerung ist darauf zurückzuführen, dass im Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung eine Umgehung von Art. 671 Abs. 2 Ziff. 3 OR gesehen werden muss.

Zudem muss berücksichtigt werden, dass neben der gesetzlichen auch die statutarische Reservenzuweisungspflicht durch verdeckte Gewinnausschüttungen verletzt werden kann. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die statutarische Reserve, ähnlich der gesetzlichen, auf Grund eines Prozentanteils des Reingewinnes gebildet wird. Entspricht jedoch die statutarische Zuweisungspflicht einem festen Betrag, z.B. pro Jahr Fr. 10'000.-, so liegt nur dann eine Verletzung der Zuweisungspflicht vor, wenn durch die verdeckte Gewinnausschüttung der Reingewinn derart vermindert wird, dass eine entsprechende Zuweisung unmöglich wird.

Schliesslich ist die Frage zu diskutieren, ob die Anfechtung von Bilanz- und Gewinnverteilungsgenehmigung nach erfolgter verdeckter Gewinnausschüttung möglich ist, da- wie oben gezeigt wurde, eine solche Bilanz und Gewinnverteilung statutarische und gesetzliche Vorschriften verletzen. Die Beantwortung dieser Frage hat in Zusammenhang mit der Behandlung der Verantwortlichkeitsklage im 3. Kapitel zu erfolgen. Daher sei hier lediglich erwähnt, dass eine Klage aus Art. 706 OR unzulässig ist, wenn sie sich auf einen Sachverhalt stützt, der Gegenstand einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Organe nach Art. 754 OR bilden kann. Der Tatbestand einer verdeckten Gewinnausschüttung kann Gegenstand einer Verantwortlichkeitsklage sein, weshalb eine Anfechtung des Bilanz- oder Gewinnverteilungsbeschlusses unbeachtlich wird.

IV. Verletzung der Schutzbestimmungen über die Erhaltung des Grundkapitals

A. Allgemeines

Durch die Festsetzung eines bestimmten Grundkapitals in den Statuten und dessen Eintragung in das Handelsregister erklärt eine Unternehmung, ein Reinvermögen in der Höhe des Grundkapitals begründen und erhalten zu wollen. Die Verpflichtung lautet dahingehend, dass das Reinvermögen der Gesellschaft niemals unter den Betrag des Grundkapitals herabsinken darf. Das hat zur Folge, dass die Gesellschaft in der Höhe des Grundkapitals ihr Vermögen nicht freiwillig vermindern darf, indem sie Ausschüttungen, die eine derartige Verminderung mit sich bringen würden, an die Gesellschafter vornimmt. (1) Vorbehalten bleibt eine auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen vorgenommene Reduktion des Grundkapitals. (Art. 732ff OR)

Es scheint jedoch klar zu sein, dass der Gesetzgeber mit seinen Bestimmungen nur einer Entfremdung des Vermögens durch die Gesellschafter vorbeugen kann, nicht dagegen der Entstehung von Verlusten durch äussere Einwirkungen oder nichtgeschäftsmässigem Verhalten der mit der Führung der Unternehmung betrauten Personen. (2)

Grundsätzlich ist bei den gesetzlichen Bestimmungen zu unterscheiden zwischen solchen, die der Sicherstellung der effektiven Aufbringung des gezeichneten Kapitals dienen und solchen, die die Erhaltung dieses Kapitals bezwecken.

(1) Forstmoser P./Meier-Hayoz A., a.a.O., S. 207
(2) Wieland K., a.a.O., S. 18

B. Die Sicherstellung der effektiven Aufbringung des gezeichneten Kapitals

1. Die Notwendigkeit der vollständigen Uebernahme aller Grundkapitalanteile

Das Grundkapital muss im Zeitpunkt der Entstehung der Gesellschaft voll gedeckt sein, da der Gesetzgeber in Art. 638 II Ziff. 1 OR verlangt, dass sämtliche Grundkapitalanteile von den Gründern vor Abschluss des Gründungsvorganges zu übernehmen sind. Dabei bedeutet Uebernahme vorerst nur, dass sich die Gründer gegenüber der künftigen Aktiengesellschaft zur Einbringung bestimmter Aktiven verpflichten. Von dieser Verpflichtung ist die Liberierung, d.h. die Erfüllung der Einlageverpflichtung zu unterscheiden. (1)

Die Aktienausgabe unterpari, d.h. unter dem Nennwert, ist gemäss Art. 624 I OR verboten, da dadurch das Grundkapital nicht voll gedeckt wäre. Dagegen ist eine Ausgabe überpari durchaus zulässig, wobei der erzielte Mehrerlös, das Agio, nach Art. 624 III OR nur zu ganz bestimmten Zwecken verwendet werden darf.

Als Schutzvorkehrung sieht das Gesetz vor, dass die einbezahlten Beträge nach der Gründung zur freien Verfügung der Gesellschaft stehen müssen, indem diese gemäss Art. 633 III OR bei der kantonalen Depositenstelle zu hinterlegen sind. Um den Eintrag der Aktiengesellschaft in das Handelsregister zu erwirken, ist die Bescheinigung der Depositenstelle erforderlich, dass die notwendigen Beträge auch tatsächlich einbezahlt sind. (2) Diese Vorkehrungen können jedoch nicht verhindern, dass beispielsweise die zur Gründung erforderlichen Beträge ausgeliehen und nach erfolgter Eintragung im Handelsregister wieder zurückgezahlt werden. Sofern Drittpersonen dabei zu Schaden kommen,

(1) Forstmoser P./Meier-Hayoz A., a.a.O., S. 97

(2) Forstmoser P./Meier-Hayoz A., a.a.O., S.98

gilt als einzige Sanktion die persönliche Haftung der Beteiligten. (1)

2. Sondertatbestand der qualifizierten Gründung

Der Gesetzgeber hat die mit der qualifizierten Gründung verbundenen Gefahren klar erkannt. Entsprechend sieht er gewisse Schutzvorkehrungen vor, die insbesondere die Offenlegung der Verhältnisse erwirken sollen, um Aktienzeichner wie auch zukünftige Gläubiger auf die bestehende Situation aufmerksam zu machen.

a) Der Begriff

Eine Gründung bzw. eine Kapitalerhöhung wird dann als qualifiziert bezeichnet, wenn:
- die Liberierung des Grundkapitals ganz oder teilweise in Sachwerten erfolgt
- unmittelbar nach der Gründung bzw. Kapitalerhöhung von der Gesellschaft Vermögenswerte übernommen werden
- Gründervorteile zugunsten von Gründern oder Dritten gewährt werden.

Der Sacheinleger erfüllt seinen Beitrag also nicht wie dies sonst üblich ist mit einer Barleistung in der Höhe der übernommenen Aktien, sondern mit einer Sachleistung von entsprechendem Wert. (2) Im Falle einer Sachübernahme dagegen erhält der Einbringer keine Aktien, sondern wird auf irgend eine andere Weise entschädigt. (3) Genau definiert ist die Sachübernahme eine im Gründungsstadium der Gesellschaft eingegangene Verpflichtung zur Uebernahme eines Vermögenswertes von seiten eines Dritten gegen eine nicht in Mitgliedschaftsrechten bestehende Gegenleistung. (4)

(1) Forstmoser P./Meier-Hayoz A., a.a.O., S. 184
(2) Siegwart A., Kommentar, Art. 628 OR, N. 6
(3) Siegwart A., Kommentar, Art. 628 OR, N. 47
(4) Huber K., Die qualifizierte Gründung der GmbH, S. 56

b) Die gesetzlichen Schutzbestimmungen

Die Aktienliberierung durch Sacheinlagen birgt die Gefahr der Ueberbewertung der eingebrachten Sachen in sich, indem sich Aktionäre dadurch in ungebührlicher Weise finanzielle Vorteile verschaffen. (1) Um diesen Gefahren zu begegnen, insbesondere zum Schutz der anderen Aktionäre und der Gläubiger, hat der Gesetzgeber Schutzbestimmungen erlassen. So haben die Statuten nach Art. 628 I OR und Art. 650 II OR Aufschluss über die Sacheinlagen zu geben, indem der zu übernehmende Vermögenswert, dessen Bewertung, die Person des Sacheinlegers und die Zahl der ihm zukommenden Aktien anzugeben sind. Des weiteren sind diese Angaben bei der Gründung im Gründungsbericht (Art. 630 OR, Art. 650 OR) und im Prospekt (Art. 631 II Ziff. 2 OR, Art. 651 I Ziff. 1 OR) festzuhalten. Nach Art. 633 IV OR bedarf es der Verfügungsgewalt der Gesellschaft über die Sachen, Art. 635 II OR und Art. 636 OR bestimmen eine besondere Beschlussfassung in der konstituierenden Generalversammlung und Art. 753 I OR hält die Verantwortlichkeit der Gründer für eventuelle Schäden fest.

Auch im Falle einer Sachübernahme kann die Gesellschaft übervorteilt werden. Allerdings ist eine solche Uebervorteilung kaum zu trennen von der Uebervorteilung des Erwerbers bei irgend einem Vertrag (2), denn das Grundkapital wird ursprünglich aufgebracht und lediglich durch ungeschickte Vertragsabschlüsse tangiert. Da jedoch solche Uebernahmeverträge bereits im Gründungsstadium abgeschlossen oder zumindest vorgesehen werden, drängt sich eine Gleichbehandlung eines solchen Tatbestandes mit der Sacheinlage auf, da ansonsten durch eine derartige Transaktion die Schutzbestimmungen über die Sacheinlage leicht umgangen werden könnten. Ist nämlich der Veräusserer zugleich

(1) Känzig E., Die Sacheinlage nach Aktien- und Steuerrecht, in: SAG 38 (1966) S. 161

(2) Forstmoser P., Kommentar, Art. 832/833 OR, N. 146

Gesellschaftsmitglied, dann kann er seine Pflicht zur Bareinzahlung auf die übernommenen Aktien mit seinen Ansprüchen aus der Sachübernahme verrechnen, wodurch die gleiche Situation entsteht wie bei einer Sacheinlage. (1) Art. 628 II OR legt daher fest, dass auch im Falle einer Sachübernahme in den Statuten der zu übernehmende Vermögenswert, der Name des Veräusserers und die Gegenleistung der Gesellschaft anzugeben sind. Zudem sind nach Art. 641 VI OR Gegenstand und Anrechnung der übernommenen Vermögenswerte in das Handelsregister einzutragen.

Schliesslich sind auch gewährte Gründervorteile nach Art. 628 II OR und Art. 641 VI OR in den Statuten und im Handelsregister nach Wert und Inhalt genau anzugeben.

c) Der Gegenstand einer Sacheinlage bzw. einer Sachübernahme

Gegenstand einer Sacheinlage bzw. einer Sachübernahme kann an sich jeder Wert sein, der als Aktivum in die Bilanz aufgenommen werden kann. (2) In zweifelhaften Fällen ist darauf Rücksicht zu nehmen, was vom Standpunkt der Gesellschaft aus in ihrem Betrieb Wert haben kann, als auch auf das, was vom Standpunkt der Gläubiger aus ihren Haftungsanspruch sichert. (3)

Sacheinlagen bzw. Sachübernahmen können daher sein: Grundstücke, bewegliche Sachen, Rechte wie Patente und Konzessionen, Vermögenskomplexe aus Aktiven und Passiven, bestehende Forderungen gegen Dritte, ferner reine Wirtschaftsgüter (z.B. nicht patentierte Geheimverfahren), so

(1) Forstmoser P., Kommentar, Art. 832/833 OR, N. 154
Furler M., Die Sachübernahme im Aktienrecht, SJZ (1949) S

(2) v.Steiger F., a.a.O., S. 79
Schucany E., Der Gegenstand der Sachübernahme, in SAG 29 (1957/58) S.229ff
Staehelin M. jun.,Zur Frage der Bilanzfähigkeit

(3) Huber K., Die qualifizierte Gründung der GmbH, S. 15
Siegwart A., Kommentar, Art. 628 OR, N. 10

fern sie nötigenfalls zugunsten der Gesellschaftsgläubiger verwertet werden können. (1)

Sacheinlagen bzw. Sachübernahmen können dagegen nicht sein: Arbeitsleistungen, berufliche Kenntnisse, Erfahrungen, Gebrauchswerte wie z.B. schwebende Miet- und Pachtverträge, sowie auf periodische Leistungen gerichtete Verträge wie Dienst-, Lieferungs- oder Transportverträge. (2)

d) Die Bewertung der Sacheinlagen bzw. Sachübernahmen

Sacheinlagen bzw. Sachübernahmen sind genau zu bewerten. (3) Wie die Bewertung zu erfolgen hat, sagen die betreffenden Bestimmungen des Aktienrechtes jedoch nicht. Aus den allgemeinen Vorschriften über die kaufmännische Buchführung muss aber geschlossen werden, dass Sacheinlagen bzw. Sachübernahmen nicht über dem Wert in Rechnung gestellt werden dürfen, der ihnen im Zeitpunkt der Uebernahme für das Geschäft zukommt. (Art. 960 II OR)

In Zusammenhang mit der verdeckten Gewinnausschüttung ist insbesondere die Ueberbewertung von Sacheinlagen bzw. Sachübernahmen von Bedeutung. Dadurch, dass die Leistung des Aktionärs oder Dritten nicht der Gegenleistung der Gesellschaft entspricht, liegt eine unvollständige Deckung des Aktienkapitals und damit ein Verstoss gegen die entsprechenden Grundregeln des Aktienrechtes vor. (4)

(1) Känzig E., in: SAG 38 (1966) S. 162
Siegwart A., Kommentar, Art. 628 OR, N. 10
vgl. BGE 32 II 389

(2) Känzig E., in: SAG 38 (1966) S. 162
Siegwart A., Kommentar, Art. 628 OR, N. 13
Wieland K., a.a.O., S. 22

(3) Siegwart A., Kommentar, Art. 628 OR, N. 13
Känzig E., in: SAG 38 (1966) S. 162

(4) Siegwart A., Kommentar, Art. 628 OR, N. 13

Da jedoch jede Schätzung etwas schwieriges und unsicheres ist, ist eine Verantwortlichkeit der Gründer oder der mit der Durchführung einer Kapitalerhöhung betrauten Organe nur bei bewussten oder grob fahrlässigen, bedeutenden Ueberbewertungen anzunehmen. (1) Wird nun ein Gegenstand mit zu hohem Wert in die Eingangsbilanz aufgenommen, so bedeutet dies eine Bilanzunwahrheit. Wird dagegen in der Bilanz der wirkliche Wert, in den Statuten jedoch der überbewertete festgehalten, so liegt trotzdem eine Täuschung vor. Nach Art. 753 I Ziff. 1 OR wird derjenige, der eine Sacheinlage unrichtig oder unvollständig in den Statuten oder in einem Gründerbericht angegeben hat, sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich. (2)

In wirtschaftlicher Betrachtungsweise ist eine Ueberbewertung von Sacheinlagen als eine vorweggenommene Gewinnausschüttung anzusehen. (3)

C. Die Sicherstellung der Erhaltung des Grundkapitals

Das Gesetz enthält verschiedene Normen, die der Erhaltung des Grundkapitals dienen sollen.

1. Das Verbot der Einlagenrückgewähr

Art. 680 II OR bestimmt, dass dem Aktionär kein Recht zusteht, den von ihm einbezahlten Betrag zurückzufordern.

(1) Walder H., Die verdeckte Apportgründung einer Aktiengesellschaft, in: SAG 3 (1930/31) S. 36
Siegwart A., Kommentar, Art. 628 OR, N. 15

(2) Siegwart A., Kommentar, Art. 628 OR, N. 13

(3) Känzig E., in: SAG 38 (1966) S. 164

Zudem ist es auch der Gesellschaft nicht gestattet, dem Aktionär die Einlage zurückzubezahlen. Vielmehr lässt eine unzulässige Rückerstattung die Einlagepflicht wieder aufleben. (1)

Nach dem Wortlaut von Art. 680 II OR unterliegt der vom Aktionär einbezahlte Betrag einem Rückzahlungsverbot, d.h. nicht nur der Nennwert, sondern der gesamte Ausgabebetrag, im Falle einer Ueberpari-Emission auch das Agio. Andere Leistungen der Aktionäre, die nicht in Zusammenhang mit einer Kapitaleinlage getätigt wurden, wie z.B. à fonds perdu-Zahlungen, unterliegen dagegen dem Einlagenrückgewährungsverbot nicht. Daher kann erst von einer Einlagenrückgewähr gesprochen werden, wenn die Rückzahlung grösser ist als das Eigenkapital abzüglich die von den Aktionären einbezahlten Beträge, also Aktienkapital und Agio. (2)

Unzulässig ist auch bei vorübergehendem Nichtbedarf die Rückgabe eines Teiles des einbezahlten Grundkapitals an die Aktionäre, indem dieser durch eine blosse Pflicht zur Wiedereinwerfung ersetzt wird. (3)

Die einzige Möglichkeit, den Aktionären Teile ihres einbezahlten Grundkapitals zurückzubezahlen, besteht im Rahmen einer Kapitalherabsetzung unter Beachtung der Vorschriften von Art. 732ff OR. Generalversammlungsbeschlüsse und Verwaltungsratsentscheide, welche dagegen eine unzulässige Kapitalrückzahlung bewirken, sind nichtig. (4)

(1) Wieland K., a.a.O., S. 24
v.Steiger F., a.a.O., S. 163
Bürgi W.F., Kommentar, Art. 680 OR, N. 30

(2) Wieland K., a.a.O., S. 24
Siegwart A., Kommentar, Art. 620 OR, N. 7
Bürgi W.F., Kommentar, Art. 680 OR, N. 35
Schmid W., a.a.O., S. 86

(3) Siegwart A., Kommentar, Art. 620 OR, N. 8f
Wettstein G., Die nichtvolleinbezahlte Aktie, S. 36

(4) Bürgi W.F., Kommentar, Art. 680 OR, N. 30
Egger A., Die AG und das rev. schweiz. OR, in: SJZ 34 (1937/38) S. 27
Peyer R., a.a.O., S. 24

Unzulässige Kapitalrückleistungen können zudem eine Schadenersatzpflicht der verantwortlichen Organe gemäss Art. 754ff OR bewirken (1), wozu noch eine strafrechtliche Sanktion treten kann. (2)

2. Das Verbot der Dividendengarantie

Art. 675 II OR bestimmt, dass Dividenden nur aus dem Reingewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden dürfen. Sind weder Reingewinn noch entsprechende Reserven vorhanden, so würde eine trotzdem erfolgte Dividendenzahlung grundsätzlich einer Kapitalrückleistung gleichkommen. Die Gesellschaft kann daher ihren Aktionären keine bestimmte Dividende garantieren. (3) Eine derartige Zusicherung einer vom erzielten Ertrag unabhängigen Dividende würde den Charakter eines Zinses annehmen. Art. 675 I OR verbietet aber die Zahlung von Zinsen für das Aktienkapital. Dieses Verbot ist Folge davon, dass die Aktionäre nicht Gläubiger, sondern Beteiligte der Unternehmung sind und daher nur einen Anspruch am wirklich vorhandenen Reingewinn geltend machen können. (4)

Dagegen ist ein Dritter, z.B. öffentlich-rechtliche Körperschaften, welche ein Interesse am Zustandekommen einer Unternehmung haben, berechtigt, ein derartiges Garantieversprechen

(1) Wieland K., a.a.O., S. 24
Bürgi W.F., Kommentar, Art. 680 OR, N. 38

(2) Zimmermann H., Zur Frage der Möglichkeit der Schadenersatzklage gegen die Gesellschaft, in: SAG 18 (1945/46) S. 125

(3) Egger J.G., a.a.O., S. 227

(4) Bürgi W.F., Kommentar, Art. 675/676 OR, N. 2

gegenüber der Gesellschaft oder den Aktionären abzugeben. (1) Dadurch wird der Grundsatz von der Erhaltung des Grundkapitals der Unternehmung nicht verletzt, denn dieser Dritte verpflichtet sich gerade dann einzustehen, wenn der bilanzmässige Reingewinn zur festgesetzten Dividende nicht ausreicht. (2)

Im weiteren ist eine Vorauszahlung auf die erhoffte Dividende während des betreffenden Geschäftsjahres unzulässig. So auch Halb- oder Vierteljahresdividenden, die auf Grund einer Zwischenbilanz im ersten Halb- oder einem Vierteljahr festgesetzt wurden. (3)

3. Das Verbot des Erwerbs eigener Aktien

Art. 659 OR schreibt vor, dass, abgesehen von wenigen Ausnahmen, die Aktiengesellschaft nicht ihre eigenen Aktien erwerben darf. Im Ausnahmefall erworbene eigene Aktien sind entweder sofort zu vernichten oder mit tunlichster Beschleunigung wieder zu veräussern. (4)

Statthaft ist der Erwerb eigener Aktien im Falle eines Beschlusses der Generalversammlung über die Herabsetzung des Grundkapitals, zur Befriedigung von Forderungen der Gesellschaft, sofern diese nicht aus der Aktienzeichnung herrühren; des weiteren, wenn die eigenen Aktien infolge der Uebernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven in die Gesellschaft übergehen. Der Erwerb eigener Aktien ist zudem zulässig, wenn die Erwerbung oder Pfandnahme in Ausübung des Geschäftsbetriebes der Gesellschaft erfolgt.

(1) v.Steiger F., a.a.O., S. 59
Egger J.G., a.a.O., S. 227
Bürgi W.F., Kommentar, Art. 675/676 OR, N. 3

(2) Egger J.G., a.a.O., S. 227

(3) Egger J.G., a.a.O., S. 225

(4) Siegwart A., Kommentar, Art. 659 OR, N. 37

Schliesslich ist es statthaft, wenn Mitglieder der Verwaltung, Direktion oder Angestellte der Unternehmung Aktien als Kaution hinterlegt haben.

Das Verbot hat jedoch lediglich den Charakter einer Ordnungsvorschrift, da dessen Missachtung nicht die Nichtigkeit des Erwerbes zur Folge hat. (1) Die Nichtbeachtung kann aber die Schadenersatzpflicht der handelnden Organe und eventuell auch des Veräusserers, der bei der Uebertretung mitgewirkt hat, begründen. (2)

D. Verletzung der Schutzbestimmungen über die Erhaltung des Grundkapitals durch verdeckte Gewinnausschüttung

1. Grundsätzliche Bemerkungen

Die Schutzbestimmungen über die Erhaltung des Grundkapitals gelten für jede Form der Ausschüttung, es ist daher gleichgültig, ob diese offen oder verdeckt vorgenommen wird. Eine verdeckte Gewinnausschüttung birgt jedoch die Gefahr in sich, dass, für Dritte unerkennbar, Teile des einbezahlten Kapitals an Aktionäre zurückbezahlt werden und somit die Haftungssubstanz der Gesellschaft widerrechtlich verringert wird. Dabei ist in erster Linie an kleinere Aktiengesellschaften gedacht, bei denen in der Regel der Gewinn wie auch das Vermögen nicht allzu gross sind. In diesen Fällen ist es durchaus denkbar, dass eine verdeckte Gewinnausschüttung den während des Jahres effektiv erzielten Gewinn übersteigt oder dass trotz Verlust ein "Gewinn" ausgeschüttet wird. Dabei kann eine solche Ausschüttung so weit gehen, dass die gesetzliche Haftungssubstanz der Gesellschaft unbefugterweise vermindert wird.

(1) vgl. BGE 43 II 293, 60 II 313
(2) v.Steiger F., a.a.O., S. 154

2. Die qualifizierte Gründung

Eine verdeckte Gewinnausschüttung anlässlich einer ordentlichen Gründung oder Kapitalerhöhung kann dann gegeben sein, wenn Sacheinlagen oder Sachübernahmen zu einem höheren Wert gutgeschrieben werden als es der Verkehrswert eigentlich zuliesse. Die verdeckte Gewinnausschüttung entsteht dadurch, dass die Gegenleistung, die der Einbringer oder der Veräusserer erhält, nicht der Leistung entspricht, die er selbst erbracht hat.

Folge davon ist, dass Aktiven in der Bilanz überbewertet werden, d.h. es liegt die Bilanzierung eines fiktiven Aktivums vor. Eine derartige Bilanzierung verstösst aber gegen Art. 960ff OR, wonach Aktiven nicht über den Wert bilanziert werden dürfen, der ihnen im Zeitpunkt der Uebernahme für die Gesellschaft zukommt.

Verkauft nun die Unternehmung diesen Gegenstand in der gleichen Rechnungsperiode einem Dritten zum Marktwert, so weist die Gesellschaft am Ende des Jahres einen zu niedrigen Gewinn aus, da ein Teil davon bereits während des Jahres ausgeschüttet wurde. Bleibt dagegen der Gegenstand im Vermögen der Gesellschaft, d.h. er wird aktiviert, weist die Gesellschaft wie bereits erwähnt ein fiktives Aktivum aus. Eine Korrektur durch eine Sonderabschreibung im laufenden Jahr unterbleibt meistens, da dadurch die verdeckte Gewinnausschüttung aufgedeckt würde. Vielmehr wird in zukünftigen Rechnungsperioden eine Abschreibung vom zu hohen Anschaffungskostenwert vorgenommen, sodass die jährlichen Abschreibungen zu hoch bewertet werden und die zukünftigen Gewinne dadurch ungerechtfertigterweise geschmälert werden.

Richtigerweise wäre im Umfange der Ueberbewertung des Aktivums ein zusätzliches Aktivkonto mit der Bezeichnung "Forderung an Aktionäre" zu führen. Die Auflösung dieses Kontos ist in späterer Zeit ohne weiteres denkbar, indem

entweder eine entsprechende Einzahlung durch die Aktionäre erfolgt oder eine Abbuchung über das Gewinnverteilungskonto vorgenommen wird.

Für einen in Zusammenhang mit der Ueberbewertung einer Sacheinlage bzw. Sachübernahme entstandenen Schaden ist derjenige verantwortlich, der die Sacheinlage bzw. Sachübernahme unrichtig oder unvollständig angegeben hat und zwar sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern.

3. Die Einlagenrückgewähr

Eine Ausschüttung an die Aktionäre führt dann zu einer Einlagenrückgewähr, wenn der ihnen übertragene Betrag grösser ist als das Eigenkapital abzüglich die von den Aktionären einbezahlten Beträge, also Aktienkapital und offenes Agio. Es scheint klar zu sein, dass insbesondere verdeckte Ausschüttungen die Gefahr solcher Einlagenrückzahlungen in sich bergen, da diese Transaktionen der Kontrolle des zuständigen Organs entzogen sind.

Typisches Beispiel verdeckter Einlagenrückleistungen ist das Aktionärsdarlehen, bei dem eine Rückzahlung hinausgeschoben wird oder bei dem der Darlehensschuldner zur Rückzahlung nicht bereit oder nicht in der Lage ist. Das Darlehen ist damit entweder fingiert oder muss angesichts der schlechten Zahlungsfähigkeit des Empfängers als verlorener Betrag angesehen werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nicht sämtliche Aktionärsdarlehen bei denen keine ernsthafte Rückzahlung vorgesehen ist, als Einlagenrückgewähr zu qualifizier sind. Vielmehr besteht die Möglichkeit, dass es sich dabei um eine verdeckte Ausschüttung handelt, die unabhängig von einer Einlagenrückgewähr erfolgt. Dies ist dann der Fall, wenn das Darlehen die Differenz zwischen Eigenkapital und Aktienkapital inklusive allfälligem Agio nicht überschreitet. Hier

liegt lediglich die Ausschüttung von angesammelten, einbehaltenen Gewinnen vor, weshalb eine derartige Kapitaltransaktion als verdeckte Gewinnausschüttung zu qualifizieren ist. Es kann daher logischerweise erst von einer Einlagenrückgewähr, verdeckt oder offen, gesprochen werden, wenn ein Darlehen oder eine andere Ausschüttung den obenerwähnten Differenzbetrag überschreitet.

Ein Aktionärdarlehensvertrag ist nichtig, sofern er gegen das Verbot der Eigenkapitalrückgewähr verstösst. Der Darlehensempfänger ist, da ungerechtfertigt bereichert, zur Rückerstattung der empfangenen Beträge verpflichtet. Eine Klage ist gestützt auf Art. 62ff OR möglich, dazu berechtigt ist jedoch ausschliesslich die Gesellschaft, nicht aber die Aktionäre oder gar die Gesellschaftsgläubiger. Zudem macht sich die Verwaltung verantwortlich, sofern sie Aktionärsdarlehen gewährt, welche in Tat und Wahrheit Kapitalrückzahlungen darstellen. (Art. 754 OR)

4. Die Dividendengarantie

Eine Dividendengarantie der Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern käme einer Zinszahlung gleich, die aber nach Art. 675 Abs. 1 OR unstatthaft ist. Zweck dieses Verbotes ist die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens als Haftungssubstanz der Gläubiger. Diese Erhaltung wäre jedoch nicht gewährleistet, wenn trotz eines Verlustes der Unternehmung den Gesellschaftern auf Grund einer Dividendengarantie Ausschüttungen zugestanden werden müssen.

Es ist ohne Zweifel möglich, dass verdeckte Gewinnausschüttungen gegen das Verbot der Zinszahlungen auf das Aktienkapital verstossen. Jede verabredete sich wiederholende verdeckte Ausschüttung muss nämlich als Mindest-

dividendengarantie angesehen werden. Wird z.B. einem Aktionär eine Wohnung oder ein Haus das der Gesellschaft gehört, gegen eine zu niedrige Miete überlassen, so stellt der Differenzbetrag zwischen dem objektiven Mietwert und dem Betrag, den der Aktionär zu zahlen hat, eine sich regelmässig wiederholende Ausschüttung dar, die als Dividendengarantie angesehen werden kann. Aehnlich sind auch Arbeitsleistungsverträge zu beurteilen. Bezieht ein Aktionär als Gesellschafter-Geschäftsführer ein überhöhtes Gehalt, so ist der ungerechtfertigt bezogene Anteil des Gehaltes einer Dividendengarantie gleichzustellen. Entsprechende Ueberlegungen sind auch bei nichtmarktkonformen Aktionärsdarlehen anzustellen.

Eine Gewinnauszahlung darf erst erfolgen, wenn in der Jahresrechnung ein Reingewinn ausgewiesen ist und ein Gewinnverteilungsbeschluss der Generalversammlung vorliegt. Die Zahlung von Vorausdividenden, sog. Abschlagsdividenden, die in Anbetracht auf den zu erwartenden Reingewinn gewährt werden, ist unstatthaft. Verdeckte Gewinnausschüttungen, die unregelmässig erfolgen, müssen aber als Abschlagsdividenden bezeichnet werden. Wird nämlich Gewinn verdeckt an die Aktionäre verteilt, so geschieht dies unter den gleichen Voraussetzungen, welche einer Vorauszahlung auf den am Ende des Geschäftsjahres erwarteten Gewinn zugrunde liegen. Wird die Ausschüttung einmal offen und das andere Mal verdeckt vorgenommen, so geschieht dies doch im einen wie im anderen Fall entgegen den aktienrechtlichen Vorschriften vor Abschluss des Geschäftsjahres, ohne dass ein entsprechender Beschluss der Generalversammlung vorliegt.

5. Der Erwerb eigener Aktien

Eine verdeckte Gewinnausschüttung in Zusammenhang mit dem Erwerb eigener Aktien ist in verschiedenen Varianten denkbar.

Eine verdeckte Gewinnausschüttung kann durch Rückkauf eigener Aktien vor der Liquidation erfolgen. Dies soll anhand des folgenden Beispiels aufgezeigt werden. Eine Gesellschaft erwirbt 60 ihrer 100 Aktien zu einem Preis von Fr. 1200.-, wobei der Nennwert Fr. 1000.- beträgt. Kurz darauf wird die Unternehmung aufgelöst. Auf die verbleibenden 40 Aktien entfällt ein Erlös von Fr. 900.-. Wäre der Rückkauf nicht erfolgt, so würde nach der Auflösung auf jede Aktie Fr. 1080.- entfallen. Fr. 120.- stellen daher eine verdeckte Gewinnausschüttung auf den 60 zurückgekauften Aktien dar.

Im weiteren ist eine verdeckte Gewinnausschüttung beim Kauf und Wiederverkauf eigener Aktien durch die Gesellschaft zwecks Umgruppierung des Aktionärskreises möglich. Dabei sind verschiedene Situationen denkbar. Die Unternehmung kann die Aktien zum Kurswert übernehmen und zum Kurswert wieder verkaufen. In diesem Falle liegt für den alten wie auch für den neuen Aktionär keine verdeckte Gewinnausschüttung vor. Anders ist dagegen der Tatbestand zu beurteilen, wo die Unternehmung die Aktien zu einem überhöhten Preis kauft, jedoch zum Kurswert wiederverkauft. Der Altaktionär hat dadurch eine verdeckte Gewinnausschüttung in der Differenz des Kaufpreises zum Kurswert erhalten, der Neuaktionär dagegen kauft die Aktien zu einem Preis, den er auch gegenüber einem Dritten hätte aufbringen müssen, sodass hier keine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt. Ein dritter Fall ist denkbar, wo die Aktiengesellschaft ihre Aktien zum Kurswert kauft, diese aber unter dem Kurswert weiterveräussert. Hier liegt für den Neuaktionär, eventuell auch für den Altaktionär, eine verdeckte Gewinnausschüttung vor. Schliesslich besteht die Möglichkeit, dass die Unternehmung ihre Aktien zu einem überhöhten Preis kauft und zu einem zu tiefen Preis wiederverkauft. Dieser Tatbestand weist eine zweifache verdeckte Gewinnausschüttung aus. Einerseits erhält der Altaktionär eine solche im Betrage der Differenz zwischen überhöhtem Verkaufswert und Kurswert, andererseits erhält der Neuaktionär

ebenfalls verdeckt Gewinn ausgeschüttet und zwar im Betrage der Differenz zwischen Kurswert und zu niedrigem Kaufpreis.

Schliesslich ist zu überlegen, ob eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt, wenn die Unternehmung die Aktien auf Grund eines Beschlusses über die Herabsetzung des Grundkapitals erworben hat. Nach Art. 659 II OR sind derartig erworbene sofort zu vernichten. Ursprünglich hat die Unternehmung als Gegenwert zur Ausgabe einer Aktie deren Nennwert und zusätzlich ein allfälliges Agio erhalten. Erwirbt sie nun die Aktien zu einem diesen Wert übersteigenden Betrag, so stellt die Differenz zwischen diesem Wert und dem ehemals erhaltenen Betrag für die Unternehmung eine verdeckte Gewinnausschüttung dar. Dies trifft zu, obwohl der ehemalige Aktionär eventuell keine Bereicherung erfährt.

V. Verletzung der Kompetenzordnung der Organe

A. Der Organbegriff

Die aktienrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechtes geben keine nähere Begriffsbestimmung der Organe der Aktiengesellschaft. (1) Für sie gelten, wie für die anderen juristischen Personen, die allgemeinen Bestimmungen des Art. 55 ZGB über die Betätigung der Organe.

Doktrin und Praxis haben verschiedentlich den Versuch unternommen, den Begriff der Organe der Aktiengesellschaft festzulegen. Stellvertetend für viele sei hier die Definition von Egger (2) wiedergegeben. Er versteht darunter die unmittelbar durch die Satzung vorgesehenen korporativen Funktionsträger, darüber hinaus jene, die nur mittelbar satzungsmässig fundiert sind, denen aber zugleich eine selbständige Erfüllung der ihnen eigenen korporativen Funktionen zusteht. Im weiteren versteht auch das Bundesgericht unter den Organen der Aktiengesellschaft nicht nur die als solche durch Gesetz oder Statuten bezeichnete und ermächtigte Person oder Personenmehrheit, sondern vielmehr auch jene Personen, die, ohne dem obersten Verwaltungsorgan anzugehören oder in ihm entscheidend mitzuwirken, unter dessen Aufsicht die eigentliche Geschäftsführung besorgten. (3) Es wird also für die Organstellung nicht mehr direkte Bestellung durch das Gesetz oder die Statuten verlangt, sondern die Beaufsichtigung der mit der Geschäftsführung Beauftragten durch gesetzliche oder statutarische Organe genügt, um jenen auch Organcharakter zu verleihen. (4)

(1) Art. 642 aOR erwähnte als notwendige Organe einer Aktiengesellschaft: Generalversammlung, Verwaltung, Kontrollstelle. Sinngemäss gilt diese Bestimmung auch für das geltende Recht, da nach Art. 626 Ziff. 4 und 5 jede Aktiengesellschaft diese Organe haben muss, daneben aber noch andere haben kann.

(2) Egger A., Kommentar, Art. 54 und 55 ZGB, N. 8

(3) vgl. BGE 65 II 2, zudem: 48 II 6, 51 II 529, 54 II 145

(4) v.Waldkirch B., Die Handlungsfähigkeit der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, S. 9

B. Die gesetzlichen Befugnisse der Organe der Aktiengesellschaft

Den Organen der Aktiengesellschaft sind verschiedene Aufgaben zugeteilt. In deren Bereich sind sie zuständig für alle Handlungen, die darin enthalten sein können. (1)

1. Die Befugnisse der Generalversammlung

Folgende Befugnisse sind der Generalversammlung gesetzlich zuerkannt und können ihr nicht entzogen werden:

1. Art. 698 II Ziff. 1, 634/635 und 647/649 OR:
   Die Festsetzung und Aenderung der Statuten. Dazu gehören auch Beschlüsse über die Zusammenlegung von Aktien (Art. 623 OR), über die Erhöhung oder Herabsetzung des Grundkapitals (Art. 653, 732 OR) und über die Ausgabe von Vorzugsaktien und Genusscheinen (Art. 654, 657 OR).
2. Art. 698 II Ziff. 3 OR:
   Die Genehmigung der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung und des Geschäftsberichtes.
3. Art. 698 II Ziff. 2 und 705 OR:
   Die Wahl und die Abberufung der Verwaltung und der Kontrollstelle.
4. Art. 698 II Ziff. 3 OR:
   Die Beschlussfassung über die Verwendung des Reingewinnes. Dabei ist die Generalversammlung an die gesetzlichen und statutarischen Vorschriften über die Reservebildung gebunden (Art. 671ff OR).
5. Art. 698 II Ziff. 4 OR:
   Die Entlastung der Verwaltung. Diese kann auch einzelnen Mitgliedern gewährt werden, wenn andere zur Verantwortung gezogen werden sollen.

(1) Hartmann R., Der Organbegriff bei der Aktiengesellschaft, S. 51

(2) Wander J., Die Organe der AG und ihr gegenseitiges Verhältnis nach deutschem, schweizerischem und französischem Recht, S. 14

6. Art. 624 II OR:
   Die Ausgabe von Aktien zu einem den Nennwert übersteigenden Betrag. Die Generalversammlung kann dazu auch ein anderes Organ ermächtigen.
7. Art. 652 OR:
   Die Verfügung über Bezugsrechte.
8. Art. 674 II und III OR:
   Die Schaffung und Speisung von Spezialreserven.
9. Art. 677 OR:
   Die Ausrichtung von Tantièmen.
10. Art. 731 I OR:
    Die Erweiterung der Aufgaben der Kontrollstelle.
11. Art. 731 II OR:
    Die Wahl und Abberufung besonderer Kommissäre und Sachverständiger.
12. Art. 736 Ziff. 2 OR:
    Die Auflösung der Gesellschaft.

2. Die Befugnisse der Verwaltung

Nach Art. 707 und 711 OR setzt sich die Verwaltung der Aktiengesellschaft aus einem oder mehreren Mitgliedern zusammen, die Aktionäre und mehrheitlich Schweizer Bürger sein müssen. Sofern die Statuten nichts anderes bestimmen, stehen Geschäftsführung und Vertretung allen Mitgliedern der Verwaltung gemeinsam zu. (Art. 717 III OR) Art. 717 II OR ermöglicht jedoch die Geschäftsführung oder einzelne Zweige davon sowie auch die Vertretung der Gesellschaft an eine oder mehrere Personen, Mitglieder des Verwaltungsrates oder Dritte, die nicht Aktionäre zu sein brauchen, zu delegieren. Wenigstens ein Mitglied der Verwaltung muss aber immer vertretungsbefugt sein.

Die Tätigkeit der Verwaltung besteht im wesentlichen in der Führung der Geschäfte und in der Vertretung der Gesellschaft nach aussen. Einzelne Geschäfte werden vom Gesetz besonders hervorgehoben:

1. Art. 699 I OR:
   Die Einberufung der Generalversammlung.
2. Art. 721 III und 726 I OR:
   Die Ernennung und Abberufung von Ausschüssen, Delegierten, Direktoren und anderer Bevollmächtigter.
3. Art. 722 II Ziff. 1 OR:
   Die Vorbereitung der Geschäfte der Generalversammlung und die Durchführung ihrer Beschlüsse.
4. Art. 722 II Ziff. 2 OR:
   Die Aufstellung der Reglemente, die für den Geschäftsbetrieb notwendig sind.
5. Art. 722 II Ziff. 3 OR:
   Die Erteilung von Weisungen an die Geschäftsführung und deren Ueberwachung.
6. Art. 722 III OR:
   Die Führung der Protokolle des Verwaltungsrates und der Generalversammlung, Führung der Geschäftsbücher, Aufstellung der Gewinn- und Verlustrechnung und der Bilanzen.
7. Art. 724 OR:
   Die Vorlegung eines Geschäftsberichtes an die Generalversammlung.
8. Art. 725 OR:
   Anzeigepflicht und Einberufung der Generalversammlung bei Kapitalverlust.

Im übrigen richten sich die Befugnisse der Mitglieder der Verwaltung nach den Statuten, den Reglementen und den Beschlüssen der Generalversammlung (Art. 721 I OR). Zudem ist nach Art. 721 II OR die Verwaltung befugt, im Zweifelsfalle über alle Angelegenheiten Beschluss zu fassen, die nicht anderen Organen vorbehalten sind.

3. Die Befugnisse der Kontrollstelle

Die Kontrollstelle wird durch die Generalversammlung ernannt und zählt ein oder mehrere Mitglieder, die nicht Aktionäre zu sein brauchen, jedoch weder Mitglieder der Verwaltung noch Angestellte der Gesellschaft sein dürfen. (Art. 727 OR) Im übrigen wird von ihnen von Gesetzes wegen überhaupt keine Sachkenntnis verlangt. (1)

Folgende Aufgaben sind der Kontrollstelle vom Gesetz übertragen:

1. Art. 728 OR:
   Prüfung der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung. Ferner ist deren Uebereinstimmung mit den Geschäftsbüchern zu kontrollieren. Zu diesem Zweck hat die Kontrollstelle ein Recht auf Einsicht in die Bücher und Belege und auf Verlangen ist ihr über das Inventar und die Grundsätze, nach denen es aufgestellt ist, sowie über einzelne bestimmte Gegenstände Aufschluss zu erteilen.
2. Art. 729 I OR:
   Erstellen eines schriftlichen Berichtes zu handen der Generalversammlung über die Bilanz und die von der Verwaltung vorgelegten Rechnungen.
3. Art. 729 III OR:
   Mängel der Geschäftsführung oder Verletzung gesetzlicher oder statutarischer Vorschriften, die bei der Prüfung wahrgenommen werden, sind der Stelle, die dem Verantwortlichen unmittelbar übergeordnet ist, dem Präsidenten des Verwaltungsrates oder in wichtigen Fällen auch der Generalversammlung mitzuteilen. Einzelnen Aktionären und Dritten dürfen sie jedoch nicht über die bei der Ausführung ihres Auftrages gemachten Wahrnehmungen Kenntnis geben. (Art. 730 OR)
5. Art. 699 I OR:
   Nötigenfalls muss die Generalversammlung durch die Kontrollstelle einberufen werden.

(1) v.Steiger F., a.a.O., S. 280
Wander J., a.a.O., S. 85
Folliet E., Le contrôleur dans les sociétés anonymes, S. 17

Weitergehende Bestimmungen, insbesondere über die Organisation der Kontrollstelle, bleiben den Statuten oder der Generalversammlung vorbehalten. So kann die Kontrollstelle z.B. zu Zwischenrevisionen berechtigt werden. (Art. 731 I OR)
Zudem liegt es in der Kompetenz der Generalversammlung zur Prüfung der Geschäftsführung oder einzelner Teile besondere Kommissäre oder Sachverständige einzusetzen. (Art. 731 II OR)

C. Das gegenseitige Verhältnis der Organe

Das schweizerische Obligationenrecht bezeichnet in Art. 698 I OR die Generalversammlung als oberstes Organ der Gesellschaft und legt damit eine Rangordnung der Organe gesetzlich fest. Daraus ergibt sich, dass die Generalversammlung berufen ist, dem Gesamtwillen der Aktiengesellschaft Ausdruck zu geben. Sie ist einerseits gesetzgebendes Organ, indem sie über Statuten und deren Aenderung beschliesst und andererseits Aufsichtsorgan und Wahlorgan. (1) (2)

(1) v.Steiger F., a.a.O., S. 181

(2) zu den Theorien über die Stellung der Generalversammlung:
Annahme der Paritätstheorie:
Rohr J.P., Die Abgrenzung der Befugnisse der Generalversammlung und des Verwaltungsrates in der AG
v.Steiger W., Probleme des Mitbestimmungsrechtes der Arbeitnehmer, in: ZbJV 91 (1955) S. 5
Annahme der Omnipotenztheorie:
Schucany E., Kommentar, Art. 721 OR, N. 1
Annahme, dass Generalversammlung oberstes Organ, jedoch an Gesetz und Statuten gebunden:
Biggel H., a.a.O., S. 82
v.Steiger F., a.a.O., S. 193f
Egger A., in: SJZ 34 (1937/38) S. 24
vgl. Hartmann R., a.a.O., S. 33, der die zentrale Stellung der Generalversammlung bejaht, zugleich aber bemerkt, die Verwaltungsorgane müssten ihren Willen selbständig bilden und bekunden.

1. Das Verhältnis der Generalversammlung zur Verwaltung

Der Verwaltungsrat ist gesetzliches Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan (Art. 717 I OR) und seine Befugnisse werden unter Vorbehalt gesetzlicher Bestimmungen in den Statuten oder in einem Reglement, das vom Verwaltungsrat selbst verfasst werden kann, umschrieben. (Art. 712 II OR) Art. 721 I OR ergänzt, dass die Befugnisse des Verwaltungsrates sich zudem nach den Beschlüssen der Generalversammlung zu richten haben.

Die Generalversammlung kann den Verwaltungsrat jederzeit selbst ohne wichtigen Grund abberufen (Art. 705 I OR) (1), wobei jedoch Entschädigungsansprüche der Abberufenen vorbehalten bleiben. So ist es z.B. ohne weiteres möglich, bei einem Wechsel der Kapitalmehrheit die bisherigen Geschäftsführungsorgane abzuberufen und durch neue zu ersetzen.

Eine Einflussnahme auf Generalversammlungsbeschlüsse durch die Verwaltung ist nach Art. 706 I OR nur möglich, wenn diese gegen Gesetz oder die Statuten verstossen. Die Verwaltung hat dann die Möglichkeit, solche Beschlüsse beim Richter mit Klage gegen die Gesellschaft anzufechten.

2. Das Verhältnis der Generalversammlung zur Kontrollstelle

Die Kontrollstelle wird ebenfalls von der Generalversammlung gewählt und abberufen. (Art. 705 I OR)

Auf die Rechnungsprüfung kann die Generalversammlung höchstens in dem Sinne Einfluss nehmen, dass sie den Prüfungsauftrag erweitert (Art. 731 I OR), wogegen eine Einengung unstatthaft ist. (2)

(1) Fuhrer H., Die Abberufung und die Demission der Organe der AG, insbesondere der Verwaltung, S. 35
Wander J., a.a.O., S. 65

(2) Wander J., a.a.O., S. 89

Andererseits haben die Kontrollorgane einen gewissen Einfluss auf die Tätigkeit der Generalversammlung durch die Prüfungspflicht und den darüber zu erstellenden Bericht. (Art. 729 I OR) Wird dieser Bericht nicht unterbreitet, so kann die Generalversammlung keinen gültigen Beschluss über die Bilanz fassen. (Art. 729 II OR) Im weiteren kann der Bericht der Kontrollstelle Vorbehalte gegenüber der Bilanz anbringen oder deren Rückweisung an die Verwaltung beantragen.

3. Das Verhältnis zwischen Verwaltung und Kontrollstelle

Die Prüfung der Kontrollstelle erstreckt sich nur auf die Rechnungsführung, nicht aber auf die Geschäftsführung. (1) Sie hat lediglich zu prüfen, ob sich die Gewinn- und Verlustrechnung und die Bilanz in Uebereinstimmung mit den Büchern befinden und ob diese ordnungsgemäss geführt, d.h. die Aufzeichnungen über die Geschäftsvorfälle buchhalterisch richtig behandelt sind. Dabei sind insbesondere die gesetzlichen Bewertungsgrundsätze und allfällige besondere Vorschriften in den Statuen zu beachten. (Art. 728 I OR) Andererseits steht der Kontrollstelle ein Auskunftsrecht zu. (Art. 728 II OR) (2)

D. Rechtsfolgen

In Zusammenhang mit dem Grundproblem dieser Arbeit sind insbesondere die Kompetenzüberschreitungen der Verwaltung von Bedeutung.

(1) Schucany E., Kommentar, Art. 728 OR, N. 1
v.Steiger F., a.a.O., S. 283
vgl. BGE 65 II 19

(2) Heilbrunn O., Die Auskunftspflicht der Verwaltung gegenüber der Kontrollstelle, in: SJZ 34 (1937/38) S. 263

Dabei stellt sich die Frage, ob ein ausserhalb des Zuständigkeitsbereiches der Verwaltung gefasster Beschluss nichtig sein soll oder nicht. In Anlehnung an die Bundesgerichtspraxis über die Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen (1) muss festgestellt werden, dass Beschlüsse oder Entschlüsse der Verwaltung, die nach zwingender Gesetzesvorschrift und aus Gründen, die im Wesen der Aktiengesellschaft selbst liegen, nur der Generalversammlung oder der Kontrollstelle obliegen können, nichtig sind. (2)

Daraus folgt, dass Kompetenzüberschreitungen der Verwaltung durch Beschlüsse, die nach Art. 698 OR in den Zuständigkeitsbereich der Generalversammlung gehören, zur Folge haben, dass diese nichtig sind. Verstösst die Uebertretung lediglich gegen statutarische oder reglementarische Bestimmungen, so liegt, ähnlich wie bei Generalverammlungsbeschlüssen, kein Nichtigkeitsgrund vor. (3)

E. Verletzung der Kompetenzordnung durch verdeckte Gewinnausschüttung

Nach den Vorschriften des Obligationenrechtes ist die Abnahme der Gewinn- und Verlustrechnung, der Bilanz und des

(1) vgl. BGE 25 II 22, 46 II 160

(2) Kohler F., Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Verwaltung in der Aktiengesellschaft, S. 83

(3) Ensslin R., Das Recht auf Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger Generalversammlungsbeschlüsse, S. 31
Wieland K., a.a.O., S. 103
v.Steiger F., a.a.O., S. 199
Schucany E., Kommentar, Art. 706 OR, N. 1

Geschäftsberichtes sowie die Beschlussfassung über die Verwendung des Reingewinnes, insbesondere die Festsetzung der Dividende und des Gewinnanteils der Verwaltung zwingend der Generalversammlung übertragen.

Verdeckte Gewinnausschüttungen werden jedoch - unter Ausschaltung der Generalversammlung - von der Verwaltung vorgenommen. So kann z.B. ein Gesellschafter-Geschäftsführer durch unerlaubtes Selbstkontrahieren sich verdeckt Gewinne ausschütten. Ferner ist es möglich, dass mehrere Mitglieder der Verwaltung gemeinsame Geschäfte zu ihrem Vorteil, jedoch zum Nachteil der Gesellschaft vornehmen. Schliesslich ist denkbar, dass auf Grund eines Beschlusses des Gesamtverwaltungsrates verdeckt Gewinne ausgeschüttet werden. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Mitglieder der Verwaltung unangemessen hohe feste Vergütungen erhalten, die auf Grund eines durch sie gefassten Beschlusses festgesetzt worden sind.

Die Verwaltung hat zwar nach Art. 663 OR die Möglichkeit, den gegenüber der Generalversammlung auszuweisenden Gewinn der Gesellschaft zu manipulieren, indem sie stille Reserven bildet. Aus dieser Manipulationsmöglichkeit darf aber nicht geschlossen werden, dass die Verwaltung zudem berechtigt ist, den auszuweisenden Gewinn durch eigenmächtige Ausschüttungen zu beeinflussen. Der Unterschied in der Auswirkung dieser zwei Handlungen liegt darin, dass bei der Bildung stiller Reserven die Gesellschaft keine Schädigung erfährt, sondern im Gegenteil gestärkt wird, weil dadurch Gewinnanteile der Ausschüttung entzogen werden. Eine verdeckte Gewinnausschüttung dagegen bewirkt eine Schädigung der Unternehmung.

Weder durch Generalversammlungsbeschluss noch durch Statuteninhalt kann die Gewinnverteilung der Verwaltung übertragen werden. Welcher Betrag an die Aktionäre auszuschütten ist, hat einzig die Generalversammlung zu beschliessen. Die mit

dieser Bestimmung erreichte Tranzparenz über die Ausschüttungsquoten dient sowohl zum Schutze der Gesellschaft selbst als auch der Gesellschaftsgläubiger und Aktionäre.

Der Verstoss gegen die Kompetenzordnung der Organe durch verdeckte Gewinnausschüttung wird besonders am Beispiel des übersetzten Gehaltes des Gesellschafter-Geschäftsführer deutlich, wenn gleichzeitig keine oder nur eine geringe Dividende ausbezahlt wird. Folge der übermässigen Entschädigung ist ein geringerer ausgewiesener Gewinn und dadurch eine entsprechend kleinere Dividende. Zudem müssen Gratifikationen, die nach dem Geschäftsergebnis bestimmt werden und nicht Bestandteil eines Arbeitsvertrages sind als verdeckte Gewinnausschüttungen bezeichnet werden, die durch Kompetenzüberschreitung zustandegekommen sind, sofern sie auf Grund eines Beschlusses der Verwaltung ausbezahlt und als Aufwand abgebucht werden.

Aehnliche Ueberlegungen sind bei Miet- und Veräusserungsverträgen anzustellen. Unserer Meinung nach darf es nicht Aufgabe der Verwaltung sein, seinen Mitgliedern Lokalitäten zu Mietzinsen, die unter dem Marktwert liegen, zu überlassen. Die damit verdeckt ausgeschütteten Gewinne sind erneut durch Kompetenzüberschreitung der Verwaltung zustandegekommen.

Es muss davon ausgegangen werden, dass Beschlüsse eines Organs, die seinen Kompetenzbereich überschreiten, nichtig sind. Wie oben dargestellt liegen verdeckte Gewinnausschüttungen ausserhalb des Kompetenzbereiches der Verwaltung. Derartige durch sie vorgenommene Handlungen müssen daher als nichtig angesehen werden.

VI. Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben

A. Der Begriff von Treu und Glauben, insbesondere das Verbot des Rechtsmissbrauchs

Der schweizerische Gesetzgeber unterstellt in Art. 2 ZGB die Ausübung aller Rechte und die Erfüllung aller Pflichten dem Grundsatz von Treu und Glauben, womit die Beachtung der natürlichen Gegenseitigkeit aller Rechtsgenossen beim Abschluss und bei der Durchführung von Rechtsgeschäften betont sein will. (1) Der Grundsatz von Treu und Glauben ist insbesondere als Richtlinie und Masstab für das Handeln der Parteien anzusehen. (2) Er fordert, dass bei der Ausübung subjektiver Rechte der gegenseitigen Verbindung, der treuegebundenen Gemeinschaft Rechnung getragen wird und Rechte nicht bloss ihrer selbst willen ausgeübt werden. Wer daher sein Recht schrankenlos ausübt, verstösst gegen Treu und Glauben, er missbraucht sein Recht. (3) Insofern beinhaltet das Verbot des Rechtsmissbrauchs in Art. 2 ZGB nichts anderes als die Forderung zum Handeln nach Treu und Glauben. (4)

Art. 2 ZGB enthält eine ganz allgemeine Bestimmung, weshalb nicht schlechthin entschieden werden kann, wann ein offenbarer Rechtsmissbrauch vorliegt. Vielmehr hat der Richter im einzlnen Fall festzustellen, ob ein Verstoss gegen Treu und Glauben, insbesondere gegen das Verbot des Rechtsmissbrauchs, vorliegt. (5) Bedeutsam in diesem Zusammenhang

(1) Bürgi W.F., Ursprung und Bedeutung der Begriffe Treu und Glauben und Billigkeit, S. 113

(2) Schluep W.R., a.a.O., S. 310

(3) Schluep W.R., a.a.O., S. 311

(4) Bürgi W.F., Ursprung und Bedeutung der Begriffe Treu und Glauben und Billigkeit, S. 136

(5) Egger A., Kommentar, Art. 2 ZGB, N. 11

ist jedoch, dass nach Doktrin (1) und Praxis (2) Rechtsmissbrauch immer dann vorliegt, wenn ein Recht für einen anderen als vom Gesetz vorgesehenen Zweck ausgeübt wird. Des weiteren ist Rechtsmissbrauch dann anzunehmen, wenn die Ausübung eines Rechtes ohne sachliches Interesse, die Rechtsausübung unter Verletzung höherer Interessen oder eine Gesetzesumgehung vorliegen.

B. Der Tatbestand des Rechtsmissbrauch, insbesondere des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der Mitglieder der Verwaltung

Art. 722 OR gibt Aufschluss über die allgemeinen Pflichten, die der Gesetzgeber der Verwaltung übertragen hat. Des weiteren ist nach Art. 721 II OR die Verwaltung befugt, über alle Angelegenheiten Beschluss zu fassen, die nicht der Generalversammlung oder anderen Gesellschaftsorganen vorbehalten sind.

Für diese Beschlussfassungen gilt grundsätzlich der in Art. 2 ZGB enthaltene Grundsatz von Treu und Glauben, insbesondere das Verbot des Rechtsmissbrauchs. Im Falle von Beschlussfassungen der Verwaltung liegt Rechtsmissbrauch dann vor, wenn dadurch eine Schädigung der Aktionäre eintritt (3),

(1) Bürgi W.F., Ursprung und Bedeutung der Begriffe Treu und Glauben und Billigkeit, S. 134
Zumstein J., Du caractère institutionnel de la société anonyme, S. 93

(2) BGE 54 II 42, 53 II 98

(3) Für die Generalversammlung folgt nach Art. 706 II OR, dass Beschlüsse über die Einführung von Stimmrechtsaktien sowie Beschlüsse, die infolge des erhöhten Stimmrechtes solcher Aktien zustandegekommen sind, anfechtbar sind, wenn sie eine durch den Gesellschaftszweck nicht erforderte offenbare Schädigung der Interessen der Aktionäre mit sich bringen. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, der Gesetzgeber habe die Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben nur für diesen Sonderfall gelten lassen wollen. (vgl. Zumstein J., a.a.O., S. 102, Peyer R., a.a.O., S. 101) In der Doktrin herrscht die unwidersprochene Auffassung, dass Art. 2 ZGB unabhängig von Art. 706 II OR gelten muss. vgl. Ehrbar M., a.a.O., S. 54, Schluep W.R., a.a.O., S. 314

ohne dass der Gesellschaftszweck eine solche Schädigung erfordert. Dabei kann nach Art. 663 II OR und Art. 674 II OR der Gesellschaftszweck in der Weise umschrieben werden, dass er das dauernde Gedeihen der Unternehmung beinhaltet, wobei, betriebswirtschaftlich interpretiert, der Zweck in der Ertragserzielung, im Streben nach einer Maximierung der Gewinne liegen muss.

Wann ist nun aber ein Aktionär in seinen Interessen offenbar geschädigt, ohne dass dies der Gesellschaftszweck erfordern würde?

Ein Beschluss der Verwaltung kann einen oder mehrere Aktionäre bevorzugen. Aktionäre, die in einem solchen Falle nicht bevorzugt werden, sind als unmittelbar geschädigt anzusehen.

Die Interessen von Aktionärsgruppen können jedoch auch indirekt verletzt werden. Dies geschieht in der Weise, dass durch Beschluss der Verwaltung zunächst die Gesellschaft als solche geschädigt wird, wodurch mittelbar auch eine Schädigung einzelner oder aller Aktionäre eintreten kann. Ein derartiger Fall tritt beispielsweise ein, wenn gewisse Aktionäre Interessen ausserhalb der Gesellschaft verfolgen und diese höher bewerten als ihre unmittelbare Gesellschaftsbindung. Die restlichen Aktionäre, die diese ausserhalb der Gesellschaft liegenden Interessen nicht verfolgen, erleiden dadurch einen unmittelbaren Schaden.

Kriterium für einen rechtsmissbräuchlichen Beschluss der Verwaltung ist daher die mittelbare oder unmittelbare Schädigung der Aktionäre, die nicht durch den Gesellschaftszweck geboten ist.

Es ist nun leicht einzusehen, dass jede ungleiche Behandlung der Gesellschafter durch die Verwaltung einen Teil der Aktionäre bevorzugt, einen anderen Teil dagegen schädigt. Daher ist ein Beschluss der Verwaltung, der einen Teil der

Aktionäre ungerechtfertigt, d.h. ohne dass dies der Gesellschaftszweck erfordert, schädigt, rechtsmissbräuchlich (1), d.h. die Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Aktionäre verstösst auch gegen Treu und Glauben.

Im weiteren widerspricht eine Verletzung der Treuepflicht durch ein Mitglied der Verwaltung auch dem Grundsatz von Treu und Glauben, weil eben eigene Interessen über die Verpflichtungen aus dem Treueverhältnis gegenüber der Gesellschaft gestellt werden (2), d.h. ein Interessenkonflikt besteht, wodurch eine Schädigung der Aktionäre entstehen kann.

C. Verletzung des Grundsatzes der getreuen und sorgfältigen Geschäftsführung

Das Gesetz erwähnt in Art. 722 OR als Pflicht der Verwaltung, die Geschäfte der Gesellschaft mit aller Sorgfalt zu leiten. Aehnlich wie beim Beauftragten nach Art. 398 II OR kann daher vom Verwaltungsrat gesagt werden, dass er für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes einzustehen hat. (3)

1. Die Unterscheidung zwischen Treue und Sorgfalt

Unter sorgfältigem Handeln ist ein auf die Erreichung des konkreten Auftragserfolges gerichtetes Handeln zu verstehen. (4) Die Sorgfaltspflicht erfordert daher bei allen Erfüllungshandlungen, dass die Leistung wie abgemacht, d.h. in einer Art und Weise erbracht wird, die den im betreffenden Fall

(1) Goldschmidt R., Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechtes, S. 45

(2) Thalmann A., Die Treuepflicht der Verwaltung der AG, S. 4

(3) v.Steiger F., a.a.O., S. 229

(4) Gautschi G., Das Obligationenrecht, Art. 398 OR, N. 5a

vom Leistenden verlangten Kenntnissen und Fähigkeiten entspricht. (1)

Getreues Handeln ist dann gegeben, wenn alles getan wird, was zur Erreichung des Auftragserfolges erforderlich sein oder werden kann, und insbesondere alles unterlassen wird, was dem Auftraggeber Schaden zufügen könnte. (2) Die Treuepflicht ist daher eine Pflicht zur Wahrung fremder Interessen bei Unterordnung der eigenen unter die fremden. (3)

Die Treuepflicht gestaltet in umfassender Weise die Beziehungen zweier Rechtssubjekte zueinander, ihre Grundlage liegt in einem persönlichen Vertrauensverhältnis. Dagegen ergibt sich die Sorgfaltspflicht aus der schuldrechtlichen Forderung nach mängelfreier, fachmännischer Vertragserfüllung. (4)

2. Die Treuepflicht der Verwaltung

Die Existenz der Treuepflicht der Mitglieder der Verwaltung ist allgemein anerkannt. (5) Darunter ist, wie oben bereits erwähnt, die Pflicht zur Wahrung fremder Interessen bei Unterordnung der eigenen unter die fremden zu verstehen.

(1) Thalmann A., a.a.O., S. 5

(2) Gautschi G., Das Obligationenrecht, Art. 398 OR, N. 5a

(3) Thalmann A., a.a.O., S. 5

(4) Thalmann A., a.a.O., S. 7

(5) Schucany E., Kommentar, Art. 722 OR, N. 1
Bürgi W.F., Kommentar, Art. 722 OR, N. 8
Schulthess B., Die Funktionen der Verwaltung, S. 53
Meier-Wehrli J., Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer AG bzw. einer Bank gemäss Art. 754ff OR/41ff Bankengesetz, S. 32
Das Aktienrecht erwähnt die Treuepflicht nicht ausdrücklich, sie ergibt sich aber aus dem Vertrauenscharakter des Verwaltungsratsmandates.

a) Die am Treueverhältnis beteiligten Rechtssubjekte

Grundsätzlich ist zwischen den Verpflichteten und den Berechtigten eines Treueverhältnisses zu unterscheiden:

aa) Die zur Treue Verpflichteten

Grundsätzlich sind der Treuepflicht der Verwaltung alle Mitglieder des Verwaltungsrates unterworfen. Darunter fallen aber auch die den Verwaltungsratsmitgliedern gleichzustellenden Nichtmitglieder, die nach Art. 707 II OR als Dritte bezeichnet werden. Es sind dies Generaldirektoren und Direktoren, die insbesondere bei grösseren Unternehmungen die Träger der Geschäftsleitung darstellen, wogegen der Verwaltungsrat lediglich als überwachendes Organ im Hintergrund steht. (1) Ihre Treuepflicht ist einerseits durch ihr Anstellungsverhältnis mit der Aktiengesellschaft und andererseits durch die zusätzliche Uebertragung von Aufgaben der Verwaltung charakterisiert.

Eine Treuepflicht von Haupt- oder Grossaktionären im Sinne derjenigen der Mitglieder der Verwaltung darf trotz ihrer offensichtlichen Einflussnahmemöglichkeit in die Geschicke der Unternehmung nicht angenommen werden, es sei denn, sie haben gleichzeitig ein Verwaltungsratsmandat inne. (2)

bb) Die Treueberechtigten

Die Treue- und Interessenwahrungspflicht der Mitglieder der Verwaltung gegenüber der Gesellschaft ergibt sich aus Art. 722 I OR. (3) Sie ist primär und hat sich nach dem in den Statuten enthaltenen Gesellschaftszweck zu richten.

(1) Zimmermann H., Grundfragen der Stellung der Verwaltungsratsmitglieder, Direktoren und Prokuristen der AG in Gesetz und Praxis, in: Die AG im neuen Obligationenrecht, Heft 9 (1946) S. 37

(2) vgl. dazu Thalmann A., a.a.O., S. 24ff

(3) Bürgi W.F., Kommentar, Art. 722 OR, N. 8

Des weiteren besteht eine Treuepflicht der Mitglieder der Verwaltung gegenüber den Aktionären, mit der Einschränkung jedoch, dass die Gesellschaftsinteressen vorgehen, sofern Gesellschafts- und Aktionärsinteressen nicht miteinander übereinstimmen. (1) Diese Treuepflicht ist gegenüber den Aktionären als Gesamtheit, in Gruppen wie auch einzeln anzunehmen. Dabei wird jedoch in der schweizerischen Rechtsprechung angenommen, dass im Falle von Differenzen zwischen den Aktionären die Mehrheit die Vermutung für sich hat, dass sie am ehehsten im Sinne des "Unternehmungswohl" entscheide. (2) Der mangelhafte Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht kommt hier deutlich zum Ausdruck.

b) Der "abhängige" Verwaltungsrat

Unter dem abhängigen Verwaltungsrat ist, in Anlehnung an Thalmann (3), ein Mitglied des Verwaltungsrates zu verstehen, das die Interessen eines Dritten in seiner Tätigkeit als Verwaltungsrat zu wahren hat. Die Grundlagen eines solchen Abhängigkeitsverhältnisses können gesetzlicher, statutarischer oder vertraglicher Natur sein.

Es ist leicht zu erkennen, dass der abhängige Verwaltungsrat in einem Spannungsfeld zwischen seinem Verwaltungsratsmandat, nach dem er die Interessen der Unternehmung zu wahren hat, und seiner Interessenwahrungspflicht gegenüber einem Dritten steht. Dabei herrscht in der Schweiz jedoch die Meinung vor, dass die Treuepflicht aus dem Verwaltungsratsmandat der Treuepflicht aus dem zusätzlichen individuellen

(1) Schucany E., Kommentar, Art. 722 OR, N. 1

(2) vgl. BGE 54 II 28, 84 II 64, 95 II 63, 99 II 62
Bär R., Grundprobleme des Minderheitenschutzes, in: ZbJV 95 (1959) S. 374, der diese Vermutung treffend als "eine erfreuliche Vorstellung" bezeichnet.

(3) Thalmann A., a.a.O., S. 41ff

Abhängigkeitsverhältnis zu einem Dritten vorgeht. (1) Der Interessenwahrung gegenüber einem Dritten ist daher durch Gesetz, Statuten, Reglemente der Aktiengesellschaft und nicht zuletzt auch durch Beschlüsse der Generalversammlung ein enger Rahmen gesteckt. Weisungen des Dritten bleiben auf den persönlichen Ermessensbereich des einzelnen Verwaltungsratsmitgliedes bei der Geschäftsführung beschränkt. (2)

c) Die Folgen der Verletzung der Treupflicht durch die Verwaltung

Nach Art. 754 OR ist anzunehmen, dass Verwaltungsräte, die durch Verletzung ihrer Treuepflicht, Schaden verursachen, sowohl der Gesellschaft als auch den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern verantwortlich sind.

Eine diesbezügliche Beweisführung muss jedoch als schwierig bezeichnet werden, da die Verwaltung es weitgehend in der Hand hat, den Kläger unter Berufung auf den Schutz der Gesellschaftsinteressen jene Auskünfte zu verweigern, die für

(1) betreffend fiduziarischer Verwaltungsräte:
Bürgi W.F., Kommentar, Art. 707 OR, N. 25
Gautschi G., Fiduziarische Rechtsverhältnisse besonderer Art, in: SJZ 45 (1949) S. 303
Picenoni V., Rechtsformen konzernmässiger Abhängigkeit. Ein Beitrag zur Frage des abhängigen Verwaltungsrates, in: SJZ 51 (1955) S. 326
betreffend Vertreter von Aktionärsgruppen gemäss Art. 708 IV und V OR:
Bürgi W.F., Kommentar, Art. 708 OR, N. 58
vgl. BGE 66 II 51
betreffend Vertreter juristischer Personen:
Schucany G., Die Vertreter juristischer Personen im Verwaltungsrat einer AG, S. 49

(2) Gautschi G., in: SJZ 45 (1949) S. 303
Schucany E., Zur Frage der rechtlichen Stellung des abhängigen Verwaltungsrates, in: SAG 27 (1954/55) S. 111
Schucany G., a.a.O., S. 52
Caflisch S., Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der AG, S. 144

die erfolgreiche Beweisführung notwendig wären. (1) Für extreme Verstösse gegen die Treuepflicht setzt das Strafrecht zudem eine Schranke im Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung. (Art. 159 StGB)

d) Insich-Geschäfte

Da jeder Verwaltungsrat auch Aktionär sein muss und als solcher befugt ist, seine berechtigten persönlichen Interessen zu wahren, ist das gelegentliche Entstehen von Interessenkonflikten unvermeidlich, insbesondere deshalb, weil Verwaltungsräte häufig Grossaktionäre sind.

aa) Begriffsklärung

Die Tätigkeit eines Vertreters besteht normalerweise darin, dass er Rechtsgeschäfte mit oder gegenüber Dritten vornimmt. Es ist nun aber möglich, dass der Vertreter und der Dritte ein und dieselbe Person sind, dass also z.B. B als Vertreter von A mit sich selbst als Eigenperson ein Rechtsgeschäft abschliesst. Ein derartiger Tatbestand ist als Selbstkontrahieren des Vertreters zu verstehen. Des weiteren besteht die Möglichkeit, dass B als Vertreter von A und von C in dieser Eigenschaft als Doppelvertreter mit sich selbst ein Geschäft abschliesst. Dieser Tatbestand wird als Doppelvertretung bezeichnet. (2)

Eine derartige Situation ist auch im Bereiche einer Aktiengesellschaft denkbar, indem von einem Organ mit sich selbst als Eigenperson oder mit sich selbst als Organ einer anderen juristischen Person ein Rechtsgeschäft abgeschlossen wird.

(1) Bürgi W.F., Kommentar, Art. 697 OR, N. 39
vgl. BGE 81 II 464, 82 II 222

(2) v.Steiger F., a.a.O., S. 243
Guhl T./Merz H./Kummer M., a.a.O., S. 150
v.Thur A./Siegwart A., Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechtes, S. 316

Dabei sind folgende Fälle möglich (1):

1. Ein vertretungsbefugter Verwaltungsrat tätigt ein Rechtsgeschäft, das er für die Aktiengesellschaft abzuschliessen hat, mit sich selbst. (Tatbestand des Selbstkontrahierens)
2. Ein vertretungsbefugter Verwaltungsrat, der gleichzeitig Vertreter zweier Aktiengesellschaften ist, schliesst zwischen diesen beiden einen Vertrag ab. (Tatbestand der Doppelvertretung)

In beiden oben erwähnten Fällen ist die Gefahr von Interessengegensätzen gross. Insbesondere beim Selbstkontrahieren stehen sich das egoistische Bestreben des Privatmannes, sein Rechtsgeschäft mit der Aktiengesellschaft für sich möglichst günstig zu gestalten, und die Pflicht des mit dem Privatmann identischen Verwaltungsrat, das gleiche Rechtsgeschäft für die Aktiengesellschaft so vorteilhaft wie möglich abzuschliessen, gegenüber. (2) Es besteht daher die Gefahr, dass der Vertretene infolge des beim Vertreters bestehenden Interessenkonfliktes benachteiligt wird. Dieser Interessenkonflikt fällt dort weg, wo objektive, d.h. für Dritte auch gültige Markt- oder Börsenpreise gelten, sodass das Geschäft mit sich selbst unter gleichen Bedingungen auch mit Dritten abgeschlossen würde.

Die Interessenkollision ist im Falle der Doppelvertretung weniger gross, da nicht mehr zwischen Privatmann und Verwaltungsrat, sondern zwischen Verwaltungsrat und Verwaltungsrat ein Rechtsgeschäft abgeschlossen wird. Hier fallen die egoistischen Bestrebungen weniger ins Gewicht, da der Handelnde beidseitig als Vertreter eines Dritten angesehen werden muss. (3) Es scheint jedoch denkbar, dass der Verwaltungsrat nicht an beiden vertretenen Gesellschaften das gleich grosse persönliche Interesse hat, sodass er versuchen wird, eine der beiden zu benachteiligen.

(1) Thalmann A., a.a.O., S. 80

(2) Thalmann A., a.a.O., S. 81

(3) Portmann R., Das Selbstkontrahieren des Vertreters, S. 96
Gautschi G., Kommentar, Art. 398 OR, N. 10b

bb) Gesetzgebung und Rechtsprechung

Der schweizerische Gesetzgeber hat keine Bestimmungen über Insich-Geschäfte im allgemeinen und über Geschäfte zwischen Mitgliedern der Verwaltung und der Aktiengesellschaft im speziellen aufgestellt. Art. 645 I im ersten Entwurf zum Obligationenrecht von 1919 lautete zwar dahingehend, dass beim Abschluss von Rechtsgeschäften der Aktiengesellschaft, an denen ein Mitglied der Verwaltung interessiert ist, dieses nicht mitwirken dürfe. Diese Bestimmung wurde jedoch in den Entwurf von 1923 nicht übernommen, da sie, auf Grund der durch die beteiligten Kreise gegebenen Aufschlüsse, nicht mehr durchführbar schien. (1) Damit wollte man den Mitgliedern der Verwaltung das Stimmrecht bei der Beschlussfassung über Rechtsgeschäfte, an denen sie persönlich interessiert sind, belassen. Insbesondere beabsichtigte man, sie von der Beschlussfassung über Verträge nicht auszuschliessen, die sie als Stellvertreter oder Organ der Gegenpartei mit der Aktiengesellschaft eingehen. (2)

In verschiedenen Bundesgerichtsentscheiden (3) wurden allgemein gültige Grundsätze herausgearbeitet, die Insich-Geschäfte im allgemeinen und solche von Gesellschaftsorganen im speziellen behandeln. Daraus ist zu entnehmen, dass Selbstkontrahieren und Doppelvertretung grundsätzlich unzulässig sind, wegen der Gefahr der Uebervorteilung des Vertretenen infolge gleichzeitiger Wahrnehmung eigener oder anderer Drittinteressen durch den Vertreter. Ausnahmen sind dann zulässig, wenn es dem Vertreter in der Vollmacht ausdrücklich gestattet ist, oder wenn keine Gefahr der Interessen-

(1) Wolf E., Die Stellung des Verwaltungsrates und des Aktionärs bei Interessenkollision mit der AG, in: SAG 11 (1938/39) S. 33
Egger A., Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht, in: ZSR NF. 45 (1926) S.22

(2) Lemp P., Vertragsabschluss durch Organe in Doppelstellung, in: Festschrift Schönenberger W., S. 321

(3) vgl. BGE 39 II 566, 41 II 392, 50 II 168, 57 II 556, 59 II 112, 63 II 173, 73 II 174, 82 II 392, 89 II 321

kollision und der Uebervorteilung des Vertretenen besteht. (1) Das bedeutet, dass Kontrahieren mit sich selbst dann zulässig ist, wenn zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen kein Interessengegensatz besteht und eine Benachteiligung des Vertretenen folglich nicht zu befürchten ist. Dies ist z.B. bei Erfüllungsgeschäften oder bei einem Barkauf zu einem allgemein festgesetzten Preis der Fall. In anderen Fällen ist das durch Selbstkontrahieren oder Doppelvertretung vorgenommene Geschäft für den oder die Vertretenen unverbindlich, kann aber von ihm oder ihnen genehmigt werden. (2)

Des öftern wird versucht, die Schranken des rechtsgeschäftlichen Handelns beim Selbstkontrahieren dadurch zu umgehen, dass der Vertreter den Abschluss des Vertrages mit sich selbst nur beschliesst, den Willen dagegen durch einen weiteren Stellvertreter, der selbst nicht in Doppelstellung auftritt, äussern lässt. Ein solches Vorgehen taugt zur Erreichung seines Zweckes nicht (3), da der weitere Stellvertreter, der zwar den Vertrag schliesst, nur den Willen des ihn beauftragten Vertreters vollzieht. Der Tatbestand ist daher so zu beurteilen, wie wenn der in Doppelstellung beschliessende Vertreter den Vertrag auch in Doppelstellung unterzeichnet hätte. (4)

Als Beispiel kann hier ein Verwaltungsrat aufgeführt werden, der, um ein Selbstkontrahieren zu vermeiden, für sich selbst einen Bevollmächtigten ernennt und nur noch in seiner Eigenschaft als Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft handelt. In einem solchen Falle ist es offensichtlich, dass eine Interessenkollision nach wie vor besteht und dass eben auch hier die Grundsätze des Selbstkontrahierens anzuwenden sind.

(1) Schucany E., Kommentar, Art. 718 OR, N. 2
Egger A., Missbrauch der Vertretungsmacht, in: Festschrift Wieland K., S. 497
Bürgi W.F., Kommentar, Art. 718 OR, N. 7
Portmann R., a.a.O., S. 140

(2) v.Tuhr A./Siegwart A., a.a.O., S. 316

(3) Egger A., a.a.O., S. 55
Wolf E., in SAG 11 (1938/39) S. 37

(4) Lemp P., a.a.O., S. 314

cc) Gültigkeitserfordernis für Rechtsgeschäfte zwischen Mitgliedern der Verwaltung und der Aktiengesellschaft

Anhand der oben dargestellten Rechtsprechung lassen sich folgende Gültigkeitserfordernisse für Rechtsgeschäfte zwischen Mitgliedern der Verwaltung und der Aktiengesellschaft erkennen.

1. Die Gestattung oder Genehmigung durch die Aktiengesellschaft

Nach allgemeinem auftragsrechtlichem Grundsatz kann der Geschäftsherr Rechtsgeschäfte, die ihn benachteiligen, durch seine Zustimmung voll rechtsgültig machen. Dabei kann seine Zustimmung dahingehen, dass er ein derartiges Geschäft zum voraus gestattet oder dass er es nachträglich genehmigt. (1) So kann auch eine Gesellschaft, vertreten durch die Generalversammlung, den Gesamtverwaltungsrat oder auch durch speziell von der Generalversammlung Bevollmächtigte (2), einem Mitglied der Verwaltung ein Rechtsgeschäft mit der Aktiengesellschaft trotz Interessenkollision und eigener Benachteiligung erlauben.

2. Der Nachweis des Fehlens einer Interessenkollision

Sofern es dem Mitglied der Unternehmung gelingt, den Nachweis zu erbringen, dass kein Konflikt zwischen den Interessen der Aktiengesellschaft und seinen eigenen vorliegt, dann ist das Geschäft gültig.

Problemlos wird der Nachweis dort sein, wo ein marktgängiges Gut gehandelt wird, das einen "objektiv gültigen" Marktpreis hat. Sofern nun das Geschäft zu diesem Marktpreis ge-

(1) Gautschi G., Kommentar, Art. 395 OR, N. 62, Art. 424 OR, N. 5c
Reichel H., Selbstkontrahieren des Vertreters, in: SJZ 12 (1915/16) S. 25

(2) v.Steiger F., a.a.O., S.243
Wolf E., in: SAG 11 (1938/39) S. 37
vgl. BGE 63 II 175

tätigt wird, auch unter Berücksichtigung allfälliger Rabatte, die auch Dritten gewährt würden, so ist der Nachweis erbracht.

Problematisch wird der Nachweis bei Dienstleistungen sowie bei Gütern, die nie oder selten gehandelt werden und dadurch keinen "objektiv gültigen" Marktpreis haben. Der Nachweis muss aber auch hier über einen Dritten erfolgen, indem aufgezeigt werden muss, dass die Dienstleistung oder das Gut eben diesem Dritten, als von der Gesellschaft Unabhängigem, zu den selben Bedingungen erbracht bzw. überlassen worden wäre.

3. Das Vorliegen eines reinen Erfüllungsgeschäftes

Das Bundesgericht hat in einem Entscheid aus dem Jahre 1913 das Kontrahieren mit sich selbst bei reinen Erfüllungsgeschäften als zulässig erklärt (1), da die Eigenart des Erfüllungsgeschäftes (2) Interessenkollisionen zwischen Mitgliedern der Verwaltung und der Aktiengesellschaft ausschliesst.

4. Der Nachweis, dass die Interessen der Gesellschaft trotz Interessenkollision gewahrt wurden

Ein Rechtsgeschäft zwischen einem Mitglied der Verwaltung und der Aktiengesellschaft, das einem Interessengegensatz ausgesetzt war, wobei nachgewiesenermassen die Interessen der Aktiengesellschaft vollumfänglich wahrgenommen wurden, muss gleichbehandelt werden wie ein Rechtsgeschäft wo bewiesen wird, dass eine Interessenkollision überhaupt nicht vorliegt. (3)

(1) vgl. BGE 39 II 561

(2) Soergel H.T./Schultze-v.Lascaulx, Kommentar zu BGB, § 181, Anm. 29f
Ermann W., Handkommentar zum BGB, § 181, Anm. 14

(3) Portmann R., a.a.O., S. 103
Thalmann A., a.a.O., S. 92

dd) Rechtsfolgen

Der Verstoss gegen das Verbot von Insich-Geschäften bewirkt keine Nichtigkeit derselben, sondern lediglich deren Anfechtbarkeit. Dies ergibt sich deshalb, weil eine Genehmigung der betreffenden Geschäfte durch die Gesellschaft möglich ist. (1)

3. Die Sorgfaltspflicht

Nach Art. 722 I OR hat der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft die Geschäfte mit aller Sorgfalt zu führen, wobei diese Sorgfalt für andere, die Wahrung des Interesses, den diese am Eintritt des Erfolges haben, durch Aufgebot des ganzen Könnens bedeutet. (2) Eine Aenderung dieses Sorgfaltsmasses kann weder durch die Statuten noch durch Vertrag erfolgen.

Das Gesetz gibt keinen direkten Anhaltspunkt für das Mass der geforderten Sorgfalt. Nach Doktrin und Praxis ist aber anzunehmen, dass eine subjektive Sorgfalt, d.h. eine, den Vorstellungen bzw. Kenntnissen oder Fähigkeiten der Beteiligten entsprechende Sorgfalt, nicht genügt, sondern dass vielmehr ein strengerer objektiver Masstab anzulegen ist. (3) In Anlehnung an das deutsche Recht ist von den Verwaltungsratsmitgliedern wie auch von den in einem Dienstverhältnis

(1) Thalmann A., a.a.O., S. 92

(2) Gautschi G., Kommentar, Art. 398 OR, N. 22a

(3) Biggel H., Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates gemäss Art. 673 aOR, 754ff revOR unter Berücksichtigung des geltenden und kommenden deutschen und italienischen Rechts, S. 52
Schulz-Dornburg S., Die Verwaltung der AG in Deutschland und in der Schweiz, S. 105
Senn G., Die Verantwortlichkeit der Organe einer AG und einer Kommandit-AG, S. 78
vgl. BGE 27 II 104, 30 II 319

stehenden Direktoren (1) die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmannes zu fordern. (2)

Derjenige, der sich als Verwaltungsrat wählen lässt, muss daher die nötige Sorgfalt bei der Ausübung seines Amtes aufbringen. Dazu muss er über die nötigen Kenntnisse, insbesondere über ein gewisses Mindestmass an kaufmännischem Können und Wissen, und die erforderliche Zeit verfügen. Das Fehlen der erforderlichen Fähigkeiten wird dem Verwaltungsrat angelastet. (3) Das subjektive Ungenügen für die Erfüllung der übernommenen Pflichten ist nach Ansicht des Bundesgerichtes als Fahrlässigkeit zu bewerten. (4) Ebenso verlangt die Sorgfaltspflicht die aktive Durchführung der übernommenen Aufgaben, sie beinhaltet daher die Pflicht zur Teilnahme an den Sitzungen. (5)

D. Die Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung

1. Der Begriff der gleichmässigen Behandlung der Aktionäre

Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung der Aktionäre ist ein Satz des ungeschriebenen Rechts, im Gegensatz z.B. zu dem im Gesetz verankerten Grundsatz der Rechtsgleichheit der Genossenschafter. (Art. 854 OR) Im Recht der Aktien-

(1) Felber R., Die Direktion der AG, S. 73 und 77
Senn G., a.a.O., S. 81

(2) Meier-Wehrli J., a.a.O., S. 30
Kaeslin Th., Die Aktiengesellschaft und die Verantwortlichkeit der Verwaltung, S. 44
Felber R., a.a.O., S. 77

(3) Forstmoser P./Meier-Hayoz A., a.a.O., S. 177
Gautschi G., Kommentar, Art. 398 OR, N. 22c

(4) vgl. BGE 27 II 104, 30 II 319

(5) Bürgi W.F., Kommentar, Art. 722 OR, N. 6

gesellschaft ist jedoch in Doktrin (1) und Praxis (2) dieser Grundsatz anerkannt.

Schwierigkeiten bereitet die begriffliche Umschreibung dieses Grundsatzes, insbesondere ist zu untersuchen, ob darunter ein absolutes oder ein relatives Gleichbehandlungsprinzip zu verstehen ist.

Ist das Gleichheitsprinzip absolut zu verstehen, so ist vom Gesellschafter als Menschen auszugehen und daraus zu schliessen, dass alle Aktionäre, unbeschadet ihrer verschiedenen Leistungen für die Gesellschaft, gleichzubehandeln sind. (3) Dieses absolute Gleichbehandlungsprinzip ist abzulehnen (4), entspricht es doch nicht dem Charakter der Aktiengesellschaft als Kapitalgesellschaft, bei der die Kapitalbeteiligung entscheidend ist für die rechtliche Stellung der Aktionäre.

Unter relativer Gleichheit ist eine Gleichbehandlung aller Aktionäre der nämlichen Aktienkategorie (5) und die Wahrung des gegenseitigen Verhältnisses der verschiedenen Kategorien (6) zu verstehen. Es ist daher richtiger statt vom Aktionär von der Aktie als Beteiligungsquote auszugehen und das Mass der Gleichheit an diese anzulegen. (7) Das bedeutet nun aber, dass alle Massnahmen der Gesellschaftsorgane die Aktionäre

(1) Stockmann H., Zum Problem der Gleichbehandlung der Aktionäre, in: Festschrift Bürgi W.F., S. 387ff
Schluep W.R., a.a.O., S. 320, mit einer Vielzahl von Literaturangaben

(2) vgl. BGE 76 II 51, 83 II 194, 84 II 550, 86 II 195, 88 II 98, 91 II 298, 93 II 393, 95 II 157, 95 II 555

(3) Kummer M., Die Gleichbehandlung der Genossenschafter gemäss Art. 854 OR untersucht für die verschiedenen Arten von Genossenschaften, S. 37

(4) Wieland K., a.a.O., S. 198

(5) Hug W., Zur Revision des schweiz. Aktienrechtes, in: Veröffentlichungen der Handels-Hochschule St. Gallen, Reihe A, Heft 7, S. 39

(6) Schluep W.R., a.a.O., S. 322

(7) Schluep W.R., a.a.O., S. 321

nach dem Verhältnis ihrer Aktien gleich zu behandeln haben, d.h. unter gleichen Umständen keinen schlechter als den anderen. (1) Es ist jedoch nach neuerer Auffassung unter gewissen Voraussetzungen auch eine verschiedene Behandlung der Aktionäre gleicher Aktiengruppen zulässig. Dies insbesondere dann, wenn sie im Interesse der Gesamtheit der Gesellschaft an der dauernden Verfolgung des Gesellschaftszweckes unumgänglich notwendig ist. (2) Daraus ist zu erkennen, dass die Aktionärsinteressen gegebenenfalls unterschiedlich bewertet werden, wobei das Mass der Ungleichheit der Bedeutung entspricht, die den Aktionärsinteressen für die Verfolgung des Gesellschaftszweckes zukommt. Daraus wird eine mögliche Ungleichheit der Aktionäre gefolgert, die eine ungleichmässige Behandlung rechtfertigen soll. (3)

Hingegen wird niemals das Interesse der Gesellschaft eine Schädigung nur Einzelner rechtfertigen, wenn für diese Einzelnen nicht besondere sachliche Gründe der Schlechterstellung und für die anderen Aktionäre nicht besondere Gründe zur Bevorzugung bestehen. (4)

Billigt nun aber eine grosse Mehrheit von Aktionären eine bestimmte Lösung, die sie nach den für sie massgebenden Richtungen hin als günstig ansieht, darf der Richter nicht leichthin annehmen, diese Neuordnung sei unsachlich und verletze darum den Grundsatz der Gleichbehandlung, denn die Beteiligten selbst wissen am besten über die Angemessenheit einer Regelung. Ergibt sich dabei eine Mehrheit, so wird eine Interessenabwägung regelmässig dazu führen, dass auf

(1) Weiss G., in: SJZ 33 (1942/43) S. 519

(2) Spiess A., Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung der Aktionäre, S. 67
vgl. BGE 69 II 250

(3) Schluep W.R., a.a.O., S. 322
vgl. BGE 69 II 250

(4) Weiss G., in: SJZ 39 (1942/43) S. 519

die Mehrheit abgestellt wird. (1) Damit eine Minderheit gegen eine Mehrheit in Schutz genommen werden kann, genügt nicht allein der Umstand, dass bei objektiver, unparteiischer Abwägung aller Lösungen der Richter die Ueberzeugung erhält, der Standpunkt der Minderheit sei angemessener. Vielmehr ist zudem der Beweis notwendig, dass die Mehrheit sich von unsachlichen Motiven hat leiten lassen. Erst dadurch wird es für die Minderheit unzumutbar, sich einem Beschlusse zu unterziehen. (2)

Das Prinzip der gleichmässigen Behandlung ist daher namentlich dann verletzt, wenn ein eigentlicher Rechtsmissbrauch vorliegt. (3) Es fragt sich daher, ob ein besonderes Prinzip der gleichmässigen Behandlung neben Art. 2 ZGB noch Raum hätte. (4) Das schweizerische Bundesgericht äussert

(1) v.Steiger W., Ueber die Verantwortung des Hauptaktionärs, in: Festschrift Gutzwiller, S. 699
Egger A., in: ZSR NF. 45 (1926) S. 1ff
Bär R., Verhandlungen Juristenverein 1966, S. 524f
Vilbinger H., Die Schranken der Mehrheitsherrschaft im Aktienrecht und Konzernrecht, S. 98

(2) Schluep W.R., Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen, in: SAG 33 (1960/61) S. 137ff
Bürgi W.F., Minderheitenschutz, in: SAG 29 (1956/57), S. 81f
Bär R., Verhandlungen Juristenverein 1966, S. 632
Steiner B., Der Minderheitenschutz im Aktienrecht, in: SAG 31 (1958/59) S. 28ff
Rulf H., Minderheitenschutz im deutschen und schweizerischen Aktienrecht

(3) Wehrli U., Gleichmässige Behandlung der Aktionäre, in: SAG 16 (1943/44) S. 198
Egger A., Missbrauch der Vertretungsmacht, in: Festschrift Wieland K.

(4) verneinend:
Merz H., Kommentar, Art. 2 ZGB, N. 323ff
Weiss G., in: SJZ 39 (1942/43) S. 513ff
v.Steiger F., a.a.O., S. 178ff
fraglich:
Schluep W.R., a.a.O., S. 320ff
Wieland K., a.a.O., S. 198

sich dahingehend, dass Tatbestände von Rechtsmissbrauch denkbar sind, die das Gebot der Gleichbehandlung aller Aktionäre nicht verletzen. Damit kann der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht lex specialis zu Art. 2 ZGB im Aktienrecht sein. Er konkretisiert lediglich Art. 2 ZGB, vermag aber die Berufung auf den Rechtsmissbrauch nicht vollständig zu decken. (1) Von Steiger F. (2) geht davon aus, dass die Mehrheit einer Generalversammlung nach Treu und Glauben (also nach Art. 2 ZGB) zu handeln hat, was soviel besagt, dass sie sich bewusst sein muss, dass die Gesellschaft die Erreichung von gemeinsamen Zielen mit gemeinsamen Mitteln bezweckt. Daher muss angenommen werden, so von Steiger W. (3), dass der in Art. 706 II OR für den Sonderfall der Stimmrechtsaktien ausgesprochene Grundsatz, dass ein Beschluss zur Einführung von Stimmrechtsaktien angefochten werden kann, wenn er eine durch den Gesellschaftszweck nicht erforderte offenbare Schädigung der Interessen von Aktionären mit sich bringt, allgemein gilt, weil er einfach das in Art. 2 II ZGB enthaltene Verbot des Rechtsmissbrauchs wiederholt. (4)

2. Gesetzgebung und Rechtsprechung

Wie bereits erwähnt, kennt das Aktienrecht keine formulierte Bestimmung über das Gleichheitsprinzip. Immerhin lassen sich

(1) vgl. BGE 102 II 268, 99 II 55

(2) v.Steiger F., a.a.O., S. 179

(3) v.Steiger W., Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz, in ZSR NF. 62 (1943) S. 266a

(4) BJM 1957, S. 170: Ein Aktionär und noch weniger ein Verwaltungsrat darf seine Stimmkraft (200 von insgesamt 228 Stimmen; Stimmrechtsaktien, kapitalmässige Beteiligung nur 6,6%) nicht dazu ausnützen, um zum Nachteil der Gesellschaft sich selber und B. ungebührliche persönliche Vorteile zu verschaffen. So ein Urteil des Basler Appelationsgerichtes i.S. R & B., vgl. Siegwart A., Kommentar, Einleitung, N. 229

im Aktienrecht eine grosse Anzahl von Bestimmungen feststellen, welche die grosse Bedeutung erkennen lassen, die der Gesetzgeber dem Grundsatz der gleichmässigen Behandlung beimisst.

Im Falle der Leistungspflicht der Aktionäre, die sich in der Einzahlung des durch die Statuten festgesetzten Betrages erschöpft, ist eine gleichmässige Behandlung der Aktionäre zu erkennen, insbesondere deshalb auch, weil darüber hinaus dem Aktionär durch die Statuten keine weiteren Verpflichtungen, Zuzahlungen oder Naturalleistungen, auferlegt werden können. (Art. 620 II und 680 I OR) Des weiteren erfordern die Bestimmungen über die wohlerworbenen Rechte (Art. 646 OR) die gleichmässige Behandlung jedes einzelnen. Darunter sind Rechte zu verstehen wie Mitgliedschaft, das Stimmrecht, das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis, das Recht auf Dividende. Nach Art. 652 OR hat zudem jeder Aktionär Anspruch auf anteilmässigen Bezug neuer Aktien bei Kapitalerhöhungen, sofern nicht die Statuten oder der Beschluss über die Erhöhung des Grundkapitals etwas anderes bestimmen. Schliesslich wird die Gleichbehandlung der Aktionäre durch das Kontrollrecht (Art. 696 und 697 OR), durch die Bestimmung über die Teilnahme an der Generalversammlung und durch die Regel über die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen gewährleistet.

Der Gesetzgeber lässt Statuteninhalte die Ungleichheiten schaffen in beschränktem Rahmen zu (1). Art. 692 OR bestimmt, dass das Stimmrecht in der Regel im Verhältnis des gesamten Nennwertes ausgeübt wird. Der Gesetzgeber lässt hier aber bei der Gründung oder durch spätere Statutenänderung die Einführung von Stimmrechtsaktien, d.h. Aktien mit kleinerem Nennwert aber mit gleicher Stimmkraft (Art. 648 und 693 OR), zu. Im weiteren erlaubt das Gesetz die Schaffung von verschiedenen Aktienkategorien bezüglich ihrer Uebertragbarkeit.

(1) Stockmann H., a.a.O., S. 387ff

So sind Inhaber- wie auch Namensaktien zulässig, wobei die letzteren frei übertragbar oder vinkuliert sein können. (Art. 683 bis 686 OR) Schliesslich gestattet der Gesetzgeber auch die Ausgabe von Aktien mit wirtschaftlich unterschiedlichen Rechten, insbesondere in bezug auf Dividende, Liquidationsanteil, Bezugsrecht usw. (Art. 654 bis 656 OR)

Im übrigen gibt die handelsgerichtliche Praxis Aufschluss darüber, wann eine Abweichung vom Prinzip der gleichmässigen Behandlung sachlich gerechtfertigt ist (1):

1. Eine ungleiche Behandlung einzelner Aktionäre ist sachlich gerechtfertigt, wenn die Interessen der Gesamtheit der Gesellschafter oder der Unternehmung als solcher an der Existenz- und Funktionsfähigkeit der Gesellschaft dies erfordern.
2. Sofern die Mehrheit keine ungerechtfertigten Vorteile erlangt und die ungleichmässige Behandlung der Minderheit nicht offenbar missbräuchlich ist, kann einer Minderheit eine ungleiche Behandlung zugemutet werden, ohne dass das Interesse der Gesellschaft nachgewiesen werden muss.

Daraus ist zu entnehmen, dass im Falle einer Interessenabwägung der Respektierung des Mehrheitsentscheides vorzug gegeben wird, insbesondere deshalb, weil es nicht Sache des Richters sein kann, Entscheidungen auf ihre Zweckmässigkeit zu prüfen. Sodann kann die Wichtigkeit des verletzten Interesses des Aktionärs den richterlichen Entscheid beeinflussen. Obwohl das Bundesgericht das personale Moment bei der Frage der Ungleichbehandlung als unbeachtlich verworfen hat, gilt es zu bedenken, dass insbesondere auf Grund der unterschiedlichen Strukturen der Aktiengesellschaften - einerseits grosse Publikumsgesellschaften, andererseits kleine Familiengesellschaften - das personale Moment in

(1) Stockmann H., a.a.O., S. 398ff

der Beurteilung der gleichmässigen Behandlung teilweise mitberücksichtigt werden muss. (1)

3. Rechtsfolgen

Grundsätzlich ist für die Beantwortung der Frage nach den Rechtsfolgen zu entscheiden, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung dem zwingenden Aktienrecht angehört oder nicht. Da das Prinzip der Gleichbehandlung unmittelbar dem formalen Begriff der Gerechtigkeit und daher der Rechtsidee schlechthin entspricht, muss seine Nichtbeachtung als unzulässig angesehen werden. Daraus kann geschlossen werden, dass das Prinzip der Gleichbehandlung als solches absolut zwingend ist. (2)

Die Verletzung des Prinzips der gleichmässigen Behandlung kann einerseits durch Statuteninhalte, andererseits durch Handlungen der Organe erfolgen. Insbesondere die Generalversammlung, aber auch die Verwaltung können Beschlüsse fassen, die dem Grundsatz widersprechen.

a) Das Gleichbehandlungsprinzip in den Statuten

In den Statuten kann die rechtliche Beziehung unter den Beteiligten frei geregelt werden, sofern nicht zwingende Normen des Rechtes verletzt werden. Zu diesen zwingenden Normen gehört nun aber, wie oben erwähnt, das Gleichbe-

(1) Meier-Hayoz A., Der Zug zur personalistischen Personengesellschaft in der Schweiz, in: Festschrift Gschnitzer, S. 303
Meier-Hayoz A., Personengesellschaftliche Elemente im Recht der AG, in: Festschrift Hug W., S. 391
Bürgi W.F., Bedeutung und Grenzen der Interessenabwägung bei der Beurteilung gesellschaftlicher Probleme, in: Festschrift Carry P., S. 21

(2) Spiess A., a.a.O., S. 76ff
Schluep W.R., a.a.O., S. 324

handlungsprinzip. So müsste ein genereller Ausschluss des Prinzips durch die Statuten nichtig sein. (1)

b) Das Gleichbehandlungsprinzip bei Generalversammlungsbeschlüssen

Grosse Bedeutung erlangt das Gleichbehandlungsprinzip bei Generalversammlungsbeschlüssen, da diese, dem Mehrheitsprinzip unterstellt (Art. 703 OR), in besonders starkem Masse eine Gefährdung der Interessen von Minderheiten zur Folge haben können. Daher muss, ungeachtet dessen, ob ein Beschluss einfaches oder qualifiziertes Mehr erfordert, das Gleichheitsprinzip beachtet werden. (2) Es bietet Aktionären Schutz gegen missbräuchliche Ausübung der Mehrheitsmacht und der möglichen Willkür von Grossaktionären.

Generalversammlungsbeschlüsse, die gegen das Prinzip der gleichmässigen Behandlung verstossen, sind gemäss Art. 706 OR anfechtbar, da dadurch insbesondere Rechtsnormen verletzt werden, die dem Aktionär dienen und es daher ihm überlassen sein muss, ob er auf den gewährten Schutz verzichten will oder nicht. In besonderen Fällen jedoch, wo neben den privaten Interessen auch solche der Oeffentlichkeit verletzt sind, beispielsweise wenn einzelne Aktionäre eine Dividendengarantie erhalten (3), muss Nichtigkeit angenommen werden. (4)

c) Das Gleichbehandlungsprinzip bei Beschlüssen der Verwaltung

Das Prinzip der Gleichbehandlung hat auch bei Verwaltungsentscheiden zwingenden Charakter. Eine Anfechtungsklage

(1) Schluep W.R., a.a.O., S. 324
(2) Spiess A., a.a.O., S. 79
(3) Egger A., Kommentar, Art. 75 ZGB, N. 14
(4) Spiess A., a.a.O., S. 81

gegen Beschlüsse der Verwaltung gibt es aber nicht. Es wäre jedoch verfehlt anzunehmen, dass infolge der Ablehnung des Anfechtungsrechtes die Aktionäre Verletzungen des Gleichbehandlungsprinzipes durch die Verwaltung einfach hinnehmen müssten. Einerseits besteht eine gewisse Beschränkung nach Art. 718 I OR, wonach die zur Vertretung berechtigten Personen nur Rechtshandlungen vornehmen dürfen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann. Für allfällige Schäden aus unerlaubter Handlung von zur Vertretung berechtigten Personen in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen haftet die Gesellschaft. (Art. 718 III OR) Grössere Bedeutung für den Schutz der Aktionäre vor ungleichmässiger Behandlung durch die Verwaltung hat die in Art. 754 OR vorgesehene Verantwortlichkeitsklage. Eine derartige Klage vermag dem Aktionär bei Verletzung des Gleichbehandlungsprinzips in denjenigen Fällen Schutz gewähren, in denen für ihn ein Vermögensschaden eintritt, denn eine fahrlässige oder absichtliche Pflichtverletzung seitens der Verwaltung dürfte immer vorliegen, wenn eine zwingende aktienrechtliche Norm wie der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung verletzt ist.

E. Verdeckte Gewinnausschüttung und der Grundsatz von Treu und Glauben

1. Einführende Bemerkungen

Eine Handlung von Mitgliedern der Verwaltung einer Aktiengesellschaft ist dann rechtsmissbräuchlich, wenn diese eine mittelbare oder unmittelbare Schädigung der Aktionäre bewirkt, die nicht durch den Gesellschaftszweck geboten ist. Dies ist insbesondere bei Verletzung der Treuepflicht durch Mitglieder der Verwaltung oder des Grundsatzes der gleichmässigen Behandlung der Aktionäre anzunehmen.

2. Die Treuepflicht

Treue beinhaltet die Pflicht zur Wahrung fremder Interessen bei Unterordnung der eigenen unter die fremden. Für Mitglieder der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bedeutet die Treuepflicht die Wahrung der Interessen der Unternehmung, die sich nach dem in den Statuten enthaltenen Gesellschaftszweck richten. Eine Aktiengesellschaft hat - sofern sie nicht einen gemeinnützigen Zweck verfolgt - normalerweise als oberste Zielsetzung die Gewinnerzielung. Der einzelne Aktionär hat daher einen Anspruch darauf, dass die Unternehmung bestrebt ist, mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln Gewinne zu erzielen.

Eine verdeckte Gewinnausschüttung stellt jedoch eine Handlung dar, bei der nicht die Interessen der Unternehmung, sondern diejenigen des Empfängers gewahrt werden. Die Verletzung der Interessenwahrung liegt darin, dass eine Transaktion erfolgt, deren Zielsetzung nicht die Gewinnerzielung für die Unternehmung ist, sondern deren Benachteiligung in dem Sinne, dass die genannte Handlung nicht den der Unternehmung zustehenden Erfolg, d.h. die ihr entsprechende Gegenleistung, einbringt. Denkbar ist, dass der Unternehmung zu hohe Unkosten angerechnet werden, indem ungerechtfertigte Gehälter ausbezahlt werden oder dass im Verkehr mit bestimmten Dritten, in der Regel mit Aktionären, nicht die marktkonformen Vergütungen berechnet werden. Dabei ist eine Abweichung zur Zielsetzung der Gewinnstrebigkeit zu erkennen und damit eine Verletzung der Treuepflicht durch den Handelnden anzunehmen.

Dies wird besonders deutlich am Beispiel der Insich-Geschäfte, bei denen das Mitglied der Verwaltung als Vertreter der Gesellschaft mit sich selbst als Kunde der Unternehmung ein Geschäft abschliesst, bei dem nicht die Interessen der Gesellschaft, sondern diejenigen des als Kunden auftretenden Privatmannes gewahrt werden. Dass dabei eine verdeckte Gewinnausschüttung erfolgen kann, ist ohne weiteres denkbar. In einem

solchen Falle kann als Gültigkeitserfordernis eines derartigen Insich-Geschäftes weder der Nachweis des Fehlens einer Interessenkollision noch derjenige, dass die Interessen der Gesellschaft trotz Interessenkollision gewahrt wurden, erbracht werden. Vielmehr ist charakteristisch für eine verdeckte Gewinnausschüttung, dass bei einer derartigen Transaktion nicht im Sinne des Unternehmungszweckes gehandelt wurde.

Wichtig in diesem Zusammenhang ist jedoch, dass ein Insich-Geschäft Gültigkeit erlangt, sofern die Gestattung oder die Genehmigung durch die Aktiengesellschaft vorliegt. Es ist davon auszugehen, dass eine solche Genehmigung in der Regel anzunehmen ist, wenn man bedenkt, dass derartige verdeckte Gewinnausschüttungen hauptsächlich von Gesellschafter-Geschäftsführern vorgenommen werden, die über einen grossen Anteil, wenn nicht sogar über die Mehrheit der Stimmen in der Generalversammlung verfügen. Für Minderheiten, die sich einer derartigen Entscheidung nicht anschliessen können, bleibt die Möglichkeit der Anfechtung dieses Generalversammlungsbeschlusses, da, wie oben erwähnt, Nichtigkeit eines solchen Geschäftes nicht gegeben ist.

Schliesslich ist zu bedenken, dass eine Verletzung der Treuepflicht der Verwaltung die Folgen von Art. 754 OR nach sich ziehen kann, indem gegen denjenigen, der gegen die Treuepflicht verstösst, eine Verantwortlichkeitsklage angestrengt werden kann.

3. Der Grundsatz der Gleichbehandlung

Bei der Beantwortung der Frage, ob eine verdeckte Gewinnausschüttung gegen das Gleichbehandlungsprinzip der Aktionäre verstosse, ist von folgender grundsätzlicher Unterscheidung auszugehen.

Einerseits ist es möglich, dass eine verdeckte Gewinnausschüttung an alle Aktionäre vorgenommen wird. Als Beispiel kann hier die Abgabe von Gratisfahrscheinen an alle Aktionäre einer Verkehrsunternehmung erwähnt werden. Handelt es sich dabei um eine grössere Anzahl abgegebener Fahrscheine, so kann dadurch eine entsprechende Ertragsminderung entstehen, die als verdeckte Gewinnausschüttung bezeichnet werden muss. Da jedoch sämtliche Aktionäre von dieser Bevorteilung profitieren können, liegt im Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung keine Verletzung des Gleichbehandlungsprinzipes vor.

Anders ist dagegen der in der Regel auftretende Fall zu beurteilen, wo verdeckte Gewinnausschüttungen einen einseitigen wirtschaftlichen Vorteil eines bestimmten Aktionärs oder einer Aktionärsgruppe bewirken. Dies trifft dann zu, wenn Einzelne versuchen, der Unternehmung und damit auch den übrigen Gesellschaftern verdeckt Gewinne zu entziehen und sich damit zum Schaden ihrer Mitgesellschafter bereichern. Damit liegt nun aber im Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung ein Verstoss gegen das Prinzip der gleichmässigen Behandlung der Aktionäre vor.

Der zweite der oben erwähnten Fälle tritt insbesondere dann auf, wenn die Struktur des Aktionärkreises derart ist, dass einer oder wenige die Stimmenmehrheit unter sich vereinigen und dadurch einen starken Einfluss auf die Geschäftsführer ausüben können. Ein Hauptaktionär kann sich aber auch selbst in die Verwaltung bestellen lassen und auf diese Weise die Geschicke der Unternehmung noch in bedeutend weiterem Umfange bestimmen und beeinflussen. Dadurch wird ihm aber auch die Möglichkeit eröffnet, sich, zum Nachteil der Minderheitsaktionäre, verdeckt Gewinne auszuschütten. Im weiteren ist denkbar, dass dieser Gesellschafter-Geschäftsführer auf Grund seiner Machtstellung die Ausschüttung eines Gewinnes an die Aktionäre über Jahre hin unterbindet, sich selbst jedoch verdeckt Gewinne überführen kann.

Die Kostruktion des Gesellschafter-Geschäftsführer lässt viele Möglichkeiten der verdeckten Gewinnausschüttung, die einen Verstoss gegen die Gleichbehandlung der Aktionäre bedeuten, aufführen. Bezieht ein Gesellschafter-Geschäftsführer ein übersetztes Gehalt, so liegt in diesem Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung eine ungleichmässige Behandlung der Aktionäre vor, dies deshalb, weil der allen Aktionären zustehende Gewinn zugunsten eines oder, sofern es sich um mehrere Gesellschafter-Geschäftsführer handelt, einiger wenigen widerrechtlich geschmälert wird. Die gleiche Argumentation ist anzubringen, wenn an Gesellschafter-Geschäftsführer besonders günstige Darlehen gewährt, überhöhte Preise für Lieferungen oder Leistungen an die Gesellschaft bezahlt oder Leistungen der Gesellschaft nicht zu marktkonformen Preisen abgegeben werden.

Es ist daher davon auszugehen, dass sämtliche verdeckten Gewinnausschüttungen, die nur zugunsten eines oder weniger, aber nicht aller Aktionäre erfolgen, einen Verstoss gegen den Grundsatz der gleichmässigen Behandlung der Gesellschafter darstellen und folglich Gegenstand einer Verantwortlichkeitsklage im Sinne von Art. 754 OR sein können.

3. Kapitel: RECHTSBEHELFE

I. Einführende Bemerkungen

Im dritten Teil dieser Arbeit soll der Frage der Sanktionsmöglichkeiten, die der Gesellschaft, dem Aktionär oder dem Gesellschaftsgläubiger zustehen, nachgegangen werden. Dabei sollen folgende Klagemöglichkeiten zur Sprache kommen:

- die Feststellungsklage auf Nichtigkeit
- die Anfechtungsklage
- die Verantwortlichkeitsklage
- die Erstattungsklage

Grundsätzlich gilt zu beachten, dass solche Klagen in der Gerichtspraxis selten sind, da die Beweisführung durch den Kläger als schwierig bezeichnet werden muss. Die Verwaltung hat es weitgehend in der Hand, dem Kläger unter Berufung auf den Schutz der Gesellschaftsinteressen jene Auskünfte zu verweigern, die für eine erfolgreiche Beweisführung notwendig wären. Diese Tatsache wirkt sich bei verdeckten Gewinnausschüttungen der Verwaltung in besonderem Masse aus, da bei solchen Transaktionen gerade die Verheimlichung von ausschlaggebender Bedeutung ist.

II. Feststellungsklage: Nichtigkeit

A. Voraussetzungen und Wirkungen

Nach Art. 20 OR ist ein Vertrag nichtig, der einen widerrechtlichen Inhalt hat, wobei unter Widerrechtlichkeit jeder Verstoss gegen die Rechtsordnung schlechthin zu verstehen ist (1), also jede Verletzung von Gesetz und Statuten. (2)

Demzufolge sind Beschlüsse der Verwaltung einer Aktiengesellschaft nichtig, wenn sie gegen Gesetz oder Statuten verstossen. Nichtig kann ein Verwaltungsratsbeschluss einmal aus formellen Gründen sein. Dies ist dann der Fall, wenn ein Beschluss nicht als Willensäusserung der Verwaltung gelten kann (3), weil entweder Nichtbefugte an Abstimmungen entscheidend teilgenommen haben oder wenn die Einladung der Mitglieder nicht ordnungsgemäss erfolgt ist, d.h. wenn insbesondere ein Teil der Mitglieder nicht eingeladen wurde. Im weiteren sind Beschlüsse der Verwaltung nichtig, die gegen die statutenmässige oder gesetzlich zwingende Kompetenzordnung verstossen, was dann der Fall ist, wenn die Verwaltung über Dinge beschliesst, die nicht in ihren Zuständigkeitsbereich gehören. (4)

Der nichtige Beschluss entfaltet keine Wirkungen. (5)
Da aber über die Nichtigkeit eines Beschlusses oft Uneinigkeit besteht, bedarf es einer gerichtlichen Feststellung. Die Aktivlegitimation zu dieser Feststellungsklage besitzt jeder Aktionär und jeder Dritte, der ein Feststellungs-

(1) Kohler F., a.a.O., S. 70

(2) vgl. BGE 51 II 70

(3) vgl. BlZüR 11 (1912) S. 295ff

(4) Schluep W.R., a.a.O., S. 280

(5) Wieland K., a.a.O., S. 104
Schucany E., Kommentar, Art. 706 OR, N. 1
Peyer R., a.a.O., S. 45
Ensslin R., Das Recht auf Anfechtung gesetz- und statutenwidriger Generalversammlungsbeschlüsse, S. 32

interesse hat. (1) Dabei kann das Feststellungsinteresse auch gegeben sein, wenn der Aktionär diesem Beschluss zugestimmt hat. (2)

Wird die Nichtigkeitsklage gutgeheissen, so gilt der Beschluss als nicht existent, er kann somit überhaupt keine Wirkungen zeitigen. Daher dürfen Verwaltungsorgane einen als nichtig erklärten oder als nichtig erkennbaren Beschluss keinesfalls ausführen. (3)

B. Verdeckte Gewinnausschüttung und Nichtigkeit

Es ist davon auszugehen, dass eine Aktiengesellschaft den ganzen Ueberschuss des Gesellschaftsvermögens über den gebundenen Teil an die Aktionäre ausschütten kann. Dies hat aber auf dem Wege einer ordentlichen Gewinnverteilung auf Grund eines von der Generalversammlung gefassten Gewinnverteilungsbeschlusses zu erfolgen.

Diese Feststellung ergibt sich aus den folgenden Artikeln des Obligationenrechtes. Art. 680 II OR besagt, dass dem Aktionär kein Recht zusteht, den einbezahlten Betrag zurückzufordern. Zudem hält Art. 660 I OR fest, dass jeder Aktionär Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Reingewinn hat. Dieser ist nach Art. 662 I OR auf Grund der Jahresbilanz zu berechnen und kann nach Art. 698 Ziff. 3 OR nur von der Generalversammlung festgesetzt werden.

Hieraus erfolgt, dass Ausschüttungen aus freien oder stillen Reserven auf einem anderen Wege als demjenigen der Gewinnverteilung durch die Generalversammlung nichtig und daher

(1) Peyer R., a.a.O., S. 45
Guldener M., Das schweizerische Zivilprozessrecht, Erster Band, S. 212

(2) Ensslin R., a.a.O., S. 32

(3) Schluep W.R., a.a.O., S. 284

zurückzuerstatten sind. Nichtig ist daher jede verdeckte, nicht von der Generalversammlung genehmigte Gewinnausschüttung, so z.B. die Zahlung eines übersetzten Gehaltes an einen Hauptaktionär, der Verkauf einer Sache an ihn zu einem zu niedrigen Preis oder der Kauf einer Sache von ihm zu einem übersetzten Preis. Nichtig ist ferner jede Garantie einer Dividende durch die Gesellschaft, auch wenn der zukünftige Gewinn die Erfüllung dieses Versprechens gestatten würde.

III. Gestaltungsklage: Anfechtbarkeit

A. Voraussetzungen und Wirkungen

Nach Art. 706 OR können Beschlüsse der Generalversammlung, die gegen Gesetz oder Statuten verstossen, durch die Verwaltung oder die Aktionäre angefochten werden. Indessen gibt es auch Beschlüsse der Generalversammlung, die von vorneherein keine rechtliche Wirkung entfalten können und daher nichtig sind. Dies ist dann der Fall, wenn Beschlüsse zwingende Normen verletzen, welche um der Aktiengesellschaft willen erlassen worden sind und insbesondere auch die zukünftigen Aktionäre, aussenstehende Dritte oder die Oeffentlichkeit betreffen. Demgegenüber sind Beschlüsse, die zwingendes Recht verletzen, das zum ausschliesslichen Schutz der gegenwärtigen Aktionäre dient, lediglich anfechtbar. (1)

Beschlüsse des Verwaltungsrates und der Direktion können dagegen nicht direkt mit einer Anfechtungsklage nach Art. 706 OR angefochten werden. (2)

Zur Anfechtung legitimiert ist einerseits jeder Aktionär. Hat er dem fraglichen Generalversammlungsbeschluss jedoch ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt, so ist er zur

(1) Herold H., Zwingendes Aktienrecht, in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, NF. Heft 27, S. 82
Peyer R., a.a.O., S. 17
Hueck A., Das Recht der Generalversammlungsbeschlüsse und die Aktienreform, Heft 21 der gesellschaftsrechtlichen Abhandlungen, S. 36

(2) vgl. BGE 76 II 51
Für die Anfechtung von Beschlüssen der Verwaltung:
Siegwart A., Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Verwaltung einer AG, in: SJZ 39 (1942/43) S. 421ff
Stebler O., Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen des Verwaltungsrates der AG, S. 87
Anderer Meinung:
Kohler F., a.a.O., S. 31ff
vgl. auch Wehrli U., Der fehlerhafte Verwaltungsratsbeschluss einer Aktiengesellschaft, in: SJZ 40 (1944) S. 100ff

Klageerhebung nicht mehr befugt. (1) Zur Anfechtung ist ausserdem die Verwaltung legitimiert. Dagegen haben Gläubiger sowie Nichtaktionäre keine Aktivlegitimation. (2)

Die Anfechtungsklage richtet sich gegen die Gesellschaft und nicht gegen die Aktionäre, die dem Beschluss zugestimmt haben. (3) Dabei vertritt die Verwaltung die Gesellschaft im Anfechtungsprozess. Ist die Verwaltung selbst Klägerin, so hat der Richter einen Vertreter für die Gesellschaft zu bestimmen. (4)

Die Anfechtungsklage muss nach Art. 706 IV OR spätestens zwei Monate nach dem verletzenden Beschluss der Generalversammlung angehoben werden, ansonsten die Klagemöglichkeit erlischt. Bei Gutheissung der Klage fällt der Generalversammlungsbeschluss ex tunc dahin. (5) Dabei gilt zu beachten, dass das richterliche Urteil lediglich rechtsvernichtende Funktion hat, eine positive Gestaltung durch den Richter

(1) vgl. Handelsgericht des Kantons St. Gallen, in: SJZ 37 (1940/41) S. 158f, danach ist Voraussetzung für die Anhebung einer Klage ein rechtliches Interesse des Aktionärs an der Anfechtung. Ein solches wird aber nach erfolgter Zustimmung nicht mehr vermutet.

(2) Gamma R., Die persönlichen Mitgliedschaftsrechte in der GmbH, S. 121
vgl. BGE 64 II 152

(3) Funk F., Kommentar, Art. 706 OR, N. 1
Maurer F., a.a.O., S. 84

(4) vgl. Art. 706 III OR
Stauffer W., Dürfen Schiedsgerichte Anfechtungsklagen nach Art. 706 OR beurteilen, in: SJZ 43 (1947) S. 213ff
Ensslin R., a.a.O., S. 164

(5) Peyer R., a.a.O., S. 112
Wieland K., a.a.O., S. 109
Maurer F., a.a.O., S. 87
Stebler O., a.a.O., S. 142ff

kommt somit nicht in Frage. (1) Die Generalversammlung hat daher den umgestossenen Beschluss neu zu fassen oder, sofern dies zulässig ist, auf die erneute Beschlussfassung vollständig zu verzichten.

B. Verdeckte Gewinnausschüttung und Anfechtung (2)

Ein Generalversammlungsbeschluss auf Genehmigung der Bilanz kann nur mit Erfolg angefochten werden, wenn er gegen das Gesetz oder Statuten verstösst. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn die Bilanz nicht wahr, vollständig, klar und übersichtlich ist oder wenn der Gewinn zum Nachteil einzelner Aktionäre unrichtig ermittelt wurde. (3) Gesetz- oder statutenwidrig ist aber die Bilanzgenehmigung nicht schon deshalb, weil das Geschäftsergebnis ungünstiger ausgefallen ist als es sein könnte und zwar selbst dann nicht, wenn dieses ungünstige Ergebnis die Folge von Pflichtverletzungen seitens der Verwaltung sein sollte. (4) Dies trifft auch dann zu, wenn lediglich geltend gemacht wird, der Gewinn wäre höher ausgefallen, wenn die Verwaltung bei bestimmten Geschäften anders vorgegangen wäre, insbesondere wenn sie nicht mit den Mehrheits-

(1) Funk F., Kommentar, Art. 706 OR, N. 1
v.Büren B., Zur Anfechtung von GV-Beschlüssen, in: SAG 22 (1949/50) S. 151
Ensslin R., a.a.O., S. 34ff
Stebler O., a.a.O., S. 143
vgl. BGE 75 II 154

(2) vgl. dazu Vorlesungsunterlagen, Handelsrecht II, Prof. Chr. v.Greyerz

(3) vgl. BGE 72 II 296, 54 II 23

(4) vgl. BGE 81 II 463

aktionären zum Nachteil der Aktiengesellschaft und der Minderheitsaktionäre Verkäufe zu geringeren als den Marktpreisen abgeschlossen hätte, was einer verdeckten Gewinnausschüttung an die Mehrheitsaktionäre gleichkommt. Daraus ist zu folgern, dass eine Klage aus Art. 706 OR unzulässig ist, wenn sie sich auf einen Sachverhalt stützt, der Gegenstand einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Gesellschaftsorgane bilden kann. (1) Dies gilt selbst dann, wenn der Kläger weder jemandem ein bestimmtes Verschulden zur Last legen noch einen Schaden nachzuweisen vermag und lediglich bezweckt, zunächst einmal die Umstände abzuklären, aus denen sich dann die Verantwortlichkeit bestimmter Mitglieder der Verwaltung der Gesellschaft ergeben soll. (2) In solchen Fällen ist der Streit nicht auf dem Boden einer Anfechtungsklage gegenüber den Beschlüssen der Generalversammlung auszutragen, sondern es muss vielmehr gegen das zu beanstandende Verhalten der Verwaltung vorgegangen werden, welche die Interessen der Gesellschaft nicht mit der gebotenen Umsicht gewahrt hat.

Im Tatbestand einer verdeckten Gewinnausschüttung liegt normalerweise ein Verhalten der Verwaltung zu Grunde, das mit einem ordentlichen Geschäftsgebahren nicht vereinbar ist, da - wie bereits erwähnt - die Interessen nicht mit der gebotenen Umsicht gewahrt werden. Als Folge dieses Verhaltens, das dadurch gekennzeichnet ist, dass Buchungen falsch, unvollständig oder überhaupt nicht vorgenommen werden und dadurch die Bilanz aus materiellen

(1) vgl. BGE 81 II 463
Jolidon P., Action en annulation des décisions de l'assemblée générale ou action en responsabilité contre les administrateurs, in: Festschrift Bürgi W.F., S. 216
Bürgi W.F., Kommentar, Art. 706 OR, N. 1

(2) vgl. BGE 92 II 243

Gründen unvollständig wird, ist durchaus eine Schmälerung des in der Jahresbilanz ausgewiesenen Gewinnes möglich, da eben bereits während des Geschäftsjahres Gewinne ausgeschüttet worden sind. Dadurch erleidet normalerweise auch der an die Aktionäre zu verteilende Gewinn eine Verminderung. Diese Tatsache genügt jedoch nicht, um dem Aktionär ein Anfechtungsrecht gegen den Beschluss der Bilanzgenehmigung der Generalversammlung zu gestatten, obwohl der ausgewiesene Jahresgewinn bedeutend höher hätte ausfallen können. Daher ist im Falle von verdeckten Gewinnausschüttungen, die normalerweise zu einer materiell unvollständigen Jahresbilanz führen, eine Anfechtung des Bilanzgenehmigungsbeschlusses unstatthaft. Der Kläger hat jedoch die Möglichkeit, mit einer Verantwortlichkeitsklage seine Rechte geltend zu machen.

IV. Verantwortlichkeitsklage

A. Grundsatz

Das schweizerische Obligationenrecht unterscheidet zwischen der aus dem Wesen der juristischen Person resultierenden Haftung der Aktiengesellschaft für die Tätigkeit ihrer Organe (gemäss Art. 55 ZGB und Art. 718 OR) und der individuellen Verantwortlichkeit einzelner, für die Gesellschaft tätig werdender Personen und deren Pflichtverletzungen bei dieser Tätigkeit (Art. 752ff OR).

B. Die Verantwortlichkeit der Mitglieder der Verwaltung

1. Der Personenkreis

Nach Art. 754 I OR sind die mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle betrauten Personen für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten verursachen.

Dabei sind zur Geschäftsführung entsprechend dem funktionellen Organbegriff alle Personen zu zählen, welche in massgebender Weise an der Willensbildung der Aktiengesellschaft teilnehmen und korporative Aufgaben selbständig ausüben. (1) Dies bedeutet, dass die aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsvorschriften nicht nur auf die Mitglieder der Verwaltung, sondern auch auf Direktoren und - je nach ihrem Kompetenzbereich - auf weitere Personen wie Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte und selbst Kassierer und Buchhalter Anwendung finden. (2) Im weiteren gelten sie für den Hinter-

(1) Forstmoser P. Meier-Hayoz A., a.a.O., S. 184

(2) Meier-Wenrli J., a.a.O., S. 21
Haeslin T., a.a.O., S. 22
Schucany E., Kommentar, Art. 754 OR, N. 1
Funk F., Kommentar, Art. 754 OR, N. 2

mann, der zwar formell nicht als Organperson auftritt, der aber über fiduziarisch tätige Personen auf die Geschäftsleitung massgebend einwirkt. (1) Schliesslich gelten sie auch für den Hauptaktionär, der durch seinen Einfluss auf die Verwaltung und Generalversammlung jederzeit in die Leitung der Gesellschaft eingreifen kann. (2)

2. Die Solidarität mehrerer Verantwortlicher

Im Falle einer Verantwortlichkeit mehrerer Personen haften diese gemäss Art. 759 I OR solidarisch für den entstandenen Schaden, wobei der Rückgriff unter mehreren Beteiligten vom Richter nach dem Grad des Verschuldens der einzelnen bestimmt wird. (Art. 759 II OR)

Es kann aber nicht Sinn von Art. 759 OR sein, dass, falls irgend ein Mitglied eines Organs seine Pflichten schuldhaft bzw. fahrlässig verletzt, die übrigen Mitglieder ohne Rücksicht auf ein Verschulden bzw. eine Fahrlässigkeit mithaften. Voraussetzung der Haftbarkeit ist immer eigenes Verschulden des betreffenden Organangehörigen. (3) Dabei gilt aber jeder verantwortliche Organangehörige als haftbar, sobald ihm auch nur eine leichte Fahrlässigkeit vorgehalten werden kann (4), d.h. soweit eben das einzelne Mitglied die schädigende Handlung infolge eigenen Verschuldens mitverursacht hat.

(1) Forstmoser P./Meier-Hayoz A., a.a.O., S. 184

(2) U.a. vertreten Biggel H., a.a.O., S. 13f, Meier-Wehrli J., a.a.O., S. 22f, Petitpierre-Sauvain A., Droit des sociétée et groupes de sociétés, in: Schweiz. Beiträge zum Europarecht, Bd. 7, S. 133ff, die Ansicht, dass nicht die Organschaft, sondern die tatsächliche Machtstellung innerhalb der AG notwendige Voraussetzung der Haftung aus Art. 754 OR sei. Thalmann A., a.a.O., S. 110, macht jedoch auf die praktischen Schwierigkeiten aufmerksam, insbesondere auf die Beweisführung bei einem Strohmannverhältnis durch Verschleierung der Machtstellung.

(3) Wieland K., a.a.O., S. 131

(4) Schenk P., Die Verantwortlichkeit in der AG, S. 17

Anhand einiger Beispiele soll die Solidarität zwischen Personen als Angehörige der Verwaltung aufgezeigt werden.

Neben dem geschäftsführenden Direktor, der durch unerlaubtes Selbstkontrahieren verdeckt Gewinn ausschüttet, haftet mit ihm auch der ihm gegenüber aufsichtspflichtige Verwaltungsrat solidarisch aus Art. 759 OR, eben weil er seiner Sorgfaltspflicht bezüglich der Ueberwachung nicht in genügendem Masse nachgekommen ist. Sein Verschulden liegt in der absichtlichen oder fahrlässigen Verletzung seiner Ueberwachungspflichten.

Ferner besteht Solidarität zwischen Verwaltungsrat und dem hinter ihm stehenden einflussreichen Aktionär. So kann z.B. der Aktionär den Verwaltungsrat dazu anstiften, ihm verdeckte Gewinne auszuschütten. Obwohl der Aktionär keine formelle Organstellung innehat, entsteht Solidarität im Sinne von Art. 759 OR zwischen ihm und dem Verwaltungsrat, da, wie oben bereits erwähnt, seine Verantwortlichkeit auf Grund seiner Machtstellung in der Aktiengesellschaft zurückzuführen ist.

Die Solidarität ist schliesslich auch möglich zwischen mehreren Verwaltungsräten, die gemeinsam Geschäfte zu ihrem Vorteil, jedoch zum Nachteil der Unternehmung vorgenommen haben.

Die Verantwortlichkeit entsteht mit der Beschlussfassung. Dabei wird der Nichtzustimmende nicht ohne weiteres von seiner Verantwortlichkeit befreit, da jedes Mitglied der Verwaltung auf ordnungsgemässe Geschäftsführung hinzuwirken hat. Verletzt ein Beschluss in erkennbarer Weise Gesetz oder Statuten oder schädigt er die Gesellschaft, so haben dissentierende Verwaltungsratsmitglieder ihren Widerspruch zu Protokoll zu geben, die Ausführung zu verhüten versuchen und eventuell die Generalversammlung einzuberufen. (1)

(1) Wieland K., a.a.O., S.131

C. Die Anspruchsberechtigten

Bei Pflichtverletzungen der Verantwortlichen einer Aktiengesellschaft können nach Art. 754 I OR die Aktiengesellschaft selbst, die Aktionäre sowie die Gläubiger der Gesellschaft als Kläger auftreten.

Für die Gesellschaft hat grundsätzlich der Verwaltungsrat das Klagerecht auszuüben. Richtet sich dagegen die Klage gegen den Verwaltungsrat selbst, so hat die Generalversammlung einen besonderen Bevollmächtigten zu bestimmen. Es ist jedoch zu beachten, dass die Entlastung der Verwaltung durch die Generalversammlung einer Klage der Gesellschaft gegen den Verwaltungsrat entgegen steht. (1) Auch kann die Aktiengesellschaft den Verwaltungsrat für Handlungen und Unterlassungen, welche die Generalversammlung in Kenntnis der Verhältnisse gewollt hat, nicht verantwortlich machen. (2)

Die Aktionäre sind insoweit aktivlegitimiert, als dass sie nicht der Déchargeerteilung zugestimmt haben. (Art. 757 OR)

Nach Art. 758 OR steht dagegen den Gläubigern ein Klagerecht gegenüber den verantwortlichen Personen nur im Konkurs der Gesellschaft zu, wobei es zudem zu beachten gilt, dass im Konkursfalle die Geltendmachung des Anspruches der einzelnen Aktionäre und Gläubiger zunächst der Konkursverwaltung zusteht. (3) Diese können nach Art. 756 OR erst und nur dann klagen, wenn die Konkursverwaltung auf eine Klage verzichtet.

(1) Forstmoser P./Meier-Hayoz A., a.a.O., S. 185
Forstmoser P./Meier-Hayoz A., a.a.O., S. 276

(2) vgl. BGE 83 II 57

(3) vgl. BGE 97 II 409

D. Mittelbare und unmittelbare Schädigung

Aktionäre können durch das rechtswidrige Verhalten der Verwaltung direkt oder indirekt geschädigt werden. Ein Aktionär ist dann direkt, d.h. unmittelbar, geschädigt, wenn er einen persönlichen Schaden erleidet, wie z.B. durch ungerechtfertigte Amortisation von Aktien, unberechtigte Verweigerung des Zutritts zur Generalversammlung oder falsche Auskünfte über den Stand des Gesellschaftsvermögens. (1)

Häufiger ist jedoch der Fall wo die Schädigung primär die Gesellschaft trifft, der Aktionär jedoch indirekt, d.h. mittelbar, geschädigt wird. Dies geschieht beispielsweise dadurch, dass das Vermögen der Gesellschaft sich vermindert und damit der in den Aktien verkörperte Anteil an Substanz verliert. (2)

Wie wir bereits früher festgestellt haben, stellt die verdeckte Gewinnausschüttung eine Minderung des Reinvermögens der Gesellschaft dar. Folge davon ist, dass der in den Aktien verkörperte Anteil des Gesellschaftsvermögens an Substanz verliert, wodurch Aktionäre zum Teil Schaden erleiden. Dies dann, wenn die verdeckte Gewinnausschüttung ungleich auf die Aktionäre verteilt wird, indem einer oder nur wenige daran Anteil haben.

Haben jedoch alle Aktionäre an der verdeckten Gewinnausschüttung Anteil, so erleidet keiner einen Schaden, da es sich dabei lediglich um eine Vermögensverschiebung handelt. Der Substanzverlust auf den Anteilen wird durch die erhaltene geldwerte Leistung wettgemacht. Es muss aber beachtet werden, dass auch in diesem Falle die Gesellschaft unmittelbar geschädigt ist, eben deshalb, weil sich ihr Reinvermögen vermindert hat.

(1) Wieland K., a.a.O., S. 139
(2) Forstmoser P./Meier-Hayoz A., a.a.O., S. 186

E. Die Haftungsvoraussetzungen

Eine Schadenersatzpflicht aus Art. 754 OR setzt den Nachweis eines Schadens, einer widerrechtlichen Handlung, des Kausalzusammenhanges zwischen dem Schaden und der widerrechtlichen Handlung und eines Verschuldens voraus. Da die Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft in der Regel auf vertraglicher Grundlage beruhen, hat die Gesellschaft nach Art. 97 OR das Verschulden nicht nachzuweisen, sondern der Schuldner hat zu beweisen, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle. (1) Dagegen trifft die Aktionäre und die Gläubiger die Beweislast gemäss Art. 41 OR. (2)

1. Der Schaden

Im Schaden ist im weitesten Sinne eine Vermögensminderung zu verstehen. (3) Es kann sich dabei um einen wirklich erlittenen Verlust oder um einen entgangenen Gewinn handeln, je nachdem, ob das momentane Vermögen des Geschädigten vermindert oder dessen Vermehrung gehindert wird.

(1) Meier-Wehrli J., a.a.O., S. 68
Henggeler J. und E., Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten nach dem Bankengesetz und dem neuen schweizerischen Aktienrecht, S. 35
Biggel H., a.a.O., S. 143, Fussnote 16

(2) Zellweger J., Haftungsbeschränkung und Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der AG, S. 26
vgl. dazu auch Meier-Wehrli J., a.a.O., S. 72ff und Forstmoser P./Meier-Hayoz A., a.a.O., S. 187. Danach ist umstritten, ob die Verantwortlichkeitsansprüche auf vertraglicher Grundlage beruhen oder nicht. Diese Frage hat insbesondere praktische Bedeutung, da im Falle vertraglicher Grundlage das Verschulden wiederum zu vermuten wäre, während bei ausservertraglicher Grundlage der Kläger ein Verschulden nachzuweisen hätte.

(3) Oftinger K., Schweizerisches Haftpflichtrecht I, allg. Teil, S. 40

Der ziffernmässige Nachweis eines Schadens ist für den Aktionär wie auch für den Gläubiger oft schwierig. In diesem Zusammenhang kommt insbesondere den Kontrollrechten des Aktionärs, dem Recht auf Auskunftserteilung und dem Recht zur Klage auf Auskunftserteilung besondere Bedeutung zu. (1)

2. Die Widerrechtlichkeit

Als widerrechtlich ist jeder Verstoss gegen eine Rechtsnorm, d.h. gegen eine zwingende Regel über das Verhalten gegenüber anderen Personen, aufzufassen. (2) Zu diesen Normen gehören keineswegs nur die Schutzbestimmungen unserer Gesetze, auch in der Verletzung statutarischer oder reglementarischer Pflichten liegt Widerrechtlichkeit. (3)

3. Der Kausalzusammenhang

Für einen Schaden kann nur derjenige verantwortlich gemacht werden, der durch sein Verhalten, für das er einstehen muss, diesen Schaden verursacht hat. Der natürliche Zusammenhang reicht jedoch nicht aus, vielmehr wird ein adäquater Kausalzusammenhang gefordert. Dieser wird als gegeben erachtet, wenn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung eine Ursache geeignet ist, den eingetretenen Erfolg zu bewirken, sodass der Eintritt dieses Erfolges als durch die fragliche Ursache begünstigt erscheint. (4) Das schädigende Ereignis muss also Ursache des Schadens sein, damit der Verletzer für den Schaden eintreten muss.

(1) v.Steiger F., a.a.O., S. 172ff
Schluep W.R., a.a.O., S. 266ff

(2) Guhl T./Merz H./Kummer M., a.a.O., S. 174

(3) Forstmoser P./Meier-Hayoz A., a.a.O., S. 187
Zellweger J., a.a.O., S. 27

(4) Oftinger K., a.a.O., S. 57ff und 91ff
vgl. BGE 93 II 29, 87 II 127, 83 II 411

4. Das Verschulden

Ein Verschulden liegt dann vor, wenn eine Person sich bei ihrem Verhalten nicht von denjenigen Grundsätzen leiten lässt, die für sie auf Grund des Schuldverhältnisses, das zwischen ihr und dem Geschädigten bestand oder auf Grund der allgemeinen Regeln, die das menschliche Zusammenleben ordnen, massgebend sein müssten. (1) Dieses Abweichen von den richtigen Grundsätzen, d.h. diese Verletzung der obliegenden Pflichten, kann nun absichtlich oder fahrlässig erfolgen.

Art. 754 OR bestimmt, dass die mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrolle betrauten Personen für den Schaden verantwortlich sind, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten verursachen. Insbesondere die Pflichten der Verwaltung lassen sich Art. 722 OR entnehmen. Besondere Aufmerksamkeit ist dabei der in Art. 722 I OR festgestellten Sorgfaltspflicht zu schenken. Sie bildet das Korrelat zur strengen Haftungsregel von Art. 754 OR. (2) Die Verletzung dieser Sorgfaltspflicht ist das nach Art. 754 OR haftungsbegründende Verschulden.

F. Die Haftungsbeschränkungen

Wie bereits früher erwähnt, ist in Lehre und Praxis unbestritten, dass die Unerfahrenheit, Unkenntnis oder der

(1) Guhl T./Merz H./Kummer M., a.a.O., S. 93

(2) Zellweger J., a.a.O., S. 28
Bürgi W.F., Kommentar, Art. 722 OR, N. 8

Zeitmangel eines Verwaltungsrates keine Exkulpationsgründe darstellen können. Das Fehlen der erforderlichen Fähigkeiten kann keine Minderung der Verantwortlichkeit bewirken, wie sie z.B. Art. 321c II OR aus sozialpolitischen Gründen für den Arbeitnehmer kennt.

Ferner vermag verschuldete Abwesenheit die Haftung nicht zu reduzieren. Umstritten ist dagegen die Haftung des Verwaltungsrates bei entschuldigter Abwesenheit. Es stellt sich die Frage, ob er nicht trotzdem haftbar ist, wenn er nicht alles unternimmt, um die während seiner Abwesenheit erfolgten gesetz- und statutenwidrigen Beschlüsse und Handlungen rückgängig zu machen. (1)

Der fiduziarische Verwaltungsrat haftet vollständig, trotz seiner Abhängigkeit vom Auftraggeber. Er kann sich nicht darauf berufen, lediglich im Auftrag des Fiduzianten gehandelt zu haben.

Die Delegation von Kompetenzen an Delegierte und Direktoren befreit den Verwaltungsrat, wie oben erwähnt, nur dann von der Haftung, wenn er seinen Pflichten zu korrekter Auswahl, Instruktion und Ueberwachung nachkommt. Umgekehrt erwähnt Vischer (2), dass die Direktion einer Aktiengesellschaft durch die Befolgung der Weisungen des Verwaltungsrates von jeglicher Verantwortung befreit werde, es sei denn, die beiden Gremien hätten bei der Beschlussfassung zusammengewirkt.

(1) Forstmoser P./Meier-Hayoz A., a.a.O., S. 188
Meier-Wehrli J., a.a.O., S. 32

(2) Vischer F., Die Stellung der Verwaltung und die Grenzen der Delegationsmöglichkeit bei der grossen AG, in: Festschrift Schönenberger W., S. 359
Er beruft sich auf BGE 34 II 511 und Holzach C., Der Ausschuss des Verwaltungsrates der AG und die Haftungsverhältnisse bei verwaltungsinternen Delegierungen, S. 90f

Art 760 OR schliesslich legt fest, dass alle Verantwortlichkeitsansprüche nach fünf Jahren verjähren, von dem Tage an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablauf von zehn Jahren vom Tage der schädigenden Handlung aufgerechnet.

G. Verdeckte Gewinnausschüttung und Verantwortlichkeitsklage

Das Obligationenrecht macht in Art. 754 I OR alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle betrauten Personen sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern gegenüber für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten verursachen.

Eine Haftung im Sinne von Art. 754 OR tritt ein, wenn die in Frage stehenden Personen widerrechtlich und schuldhaft gehandelt haben, wenn ein Schaden eingetreten ist und wenn zudem der adäquate Kausalzusammenhang zwischen Schaden und widerrechtlicher Handlung feststeht.

Durch die verdeckte Gewinnausschüttung wird zunächst die Gesellschaft als solche geschädigt, da dadurch ihr Vermögen geschmälert wird. Zudem dürfte auch der Aktionär mittelbar geschädigt sein, da mit der Vermögensverminderung der Gesellschaft der innere Wert seiner Aktien sich reduziert und im weiteren allfälligerweise eine Beeinträchtigung der Dividendenzahlung entsteht. Schliesslich kann auch eine Schädigung der Gläubiger durch verdeckte Gewinnausschüttung eintreten. Dies ist dann der

Fall, wenn dadurch das Haftungskapital gekürzt wird und damit eine unzureichende Sicherung der Gläubigerforderungen entsteht.

Die Widerrechtlichkeit einer verdeckten Gewinnausschüttung liegt in der Verletzung der Verwaltungspflichten, wobei es unerheblich ist, ob diese nun gesetzlich, statutarisch oder reglementarisch begründet sind. Dabei ist insbesondere an die Treuepflicht, die Sorgfaltspflicht und die Pflicht zur gleichmässigen Behandlung der Aktionäre zu denken. Die früheren Aufzeichnungen haben eindeutig gezeigt, dass eine verdeckte Gewinnausschüttung in der Regel nicht mit diesen Pflichten vereinbar ist.

Die Verschuldensfrage ist dahingehend zu beurteilen, dass auf Grund der Definition der verdeckten Gewinnausschüttung bewusste Bevorteilung gegeben sein muss, wodurch absichtliches Handeln angenommen werden muss.

Diese Ueberlegungen lassen den Schluss zu, dass im Falle einer verdeckten Gewinnausschüttung eine entsprechende Verantwortlichkeitsklage denkbar ist.

V. Erstattungsklage: ungerechtfertigte Bereicherung

A. Bedeutung und Voraussetzung der Obligation aus ungerechtfertigter Bereicherung

Die ungerechtfertigte Bereicherung als Entstehungsgrund für eine Obligation lässt sich aus der Tatsache erklären, dass wegen der Unvollkommenheit der Menschen an und für sich oder wegen der mangelnden Kenntnis des objektiven Rechtes oder wegen der Unmöglichkeit, die zukünftige Entwicklung innerhalb des dauernden Rechtsverhältnisses vorauszusehen, Vermögensverschiebungen vorkommen, die der inneren Rechtfertigung entbehren. (1) Demjenigen, dessen Vermögen durch diese Verschiebung eine Verminderung erlitten hat, ist nach Art. 62 OR ein Anspruch auf Rückforderung der Bereicherung gewährt, die auf seine Kosten im Vermögen eines anderen entstanden ist.

Als Voraussetzung für die Entstehung des Schuldverhältnisses ist nach Art. 62 I OR eine Bereicherung erforderlich. Diese kann durch eine Verfügung des Entreicherten, bestehend in einer Zuwendung von Arbeit, von Forderungen, von Geld oder durch eine unberechtigte Handlung des Bereicherten wie z.B. nützlicher Verbrauch fremder Sachen, Vermischung eigener mit fremden Sachen, Verfügung über ein fremdes Recht zum eigenen Vorteil, entstehen. (2) Dabei besteht die Bereicherung in der Differenz zwischen dem jetzigen Vermögensstand und dem Vermögensstand, welcher ohne die ungerechtfertigte Vermögensverschiebung vorliegen würde. (3)

Nach Art. 62 I OR hat derjenige, welcher in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, die Bereicherung zurückzuerstatten. Dabei hat der Gesetz-

(1) Guhl T./Merz H./Kummer M., a.a.O., S. 202

(2) v.Tuhr A./Siegwart A., a.a.O., S. 402
Oser H./Schönenberger W., Kommentar, Art. 62 OR, N. 3
Guhl T./Merz H./Kummer M., a.a.O., S. 203

(3) v.Tuhr A./Siegwart A., a.a.O., S. 401

geber jedoch eine Schranke aufgestellt, indem nach Art. 66 OR nicht zurückgefordert werden kann, was in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, gegeben wurde. (1) Von dieser Bestimmung werden insbesondere Leistungen auf Grund verbotener oder unsittlicher Verträge betroffen, durch welche der Empfänger der Leistung zu einer verbotenen oder unsittlichen Handlung verpflichtet oder durch eine Belohnung veranlasst werden sollte. (2)

Der Tatbestand der Bereicherung ist gekennzeichnet durch die Vermehrung des Vermögens des einen, verbunden mit der Verminderung des Vermögens eines anderen, wobei ein Kausalzusammenhang vorhanden sein muss. (Art. 62 I OR) (3) Dabei ist es aber nicht erforderlich, dass die Vermögensverschiebung durch ein und denselben Vorgang zustande gekommen ist. Daher ist C auch bereichert, wenn B ihm etwas schenkt, das dieser aus dem Vermögen von A erhalten hat. (4)

Als zweite Vorausstzung für die Begründung einer Obligation ist nach Art. 62 I OR erforderlich, dass die Bereicherung ungerechtfertigt sein muss. In diesem Zusammenhang sind folgende Fälle zu unterscheiden (5):

1. Bereicherung aus einem nicht verwirklichten Grund nach Art. 62 II OR. Dieser Tatbestand liegt vor, wenn das Rechtsgeschäft zwar rechtsgültig abgeschlossen, dessen Zweck aber nicht erreicht wurde.
2. Bereicherung aus einem nachträglich wegfallenden Grund nach Art. 62 II OR. Der Zweck der Zuwendung wurde zunächst erreicht, später fiel jedoch das bestandene Rechtsverhältnis dahin.

(1) Müller J., Die Tragweite des Art. 66 OR, S. 35

(2) v.Tuhr A./Siegwart A., a.a.O., S. 413

(3) Oser H./Schönenberger W., Kommentar, Art. 62 OR, N. 8
Guhl T./Merz H./Kummer M., a.a.O., S. 204

(4) Oser H./Schönenberger W., Kommentar, Art. 62 OR, N. 8

(5) Guhl T./Merz H./Kummer M., a.a.O., S. 204ff

3. Bereicherung ohne jeden gültigen Grund nach Art. 62 II OR. Ein Grundgeschäft fehlt überhaupt oder ein Zuwendungsgeschäft ist nichtig oder ungültig.

B. Sondertatbestand der freiwilligen Bezahlung einer Nichtschuld nach Art. 63 OR

Neben Bereicherung und Grundlosigkeit ist im Falle der freiwilligen Bezahlung einer Nichtschuld als weitere Voraussetzung für die Rückforderung ein Irrtum des Leistenden über die Schuldpflicht erforderlich, denn wer leistet, obwohl ihm das Nichtbestehen der Schuld bekannt ist, kann seine Leistung nicht zurückfordern. (1)

Der Irrtum des Leistenden liegt entweder darin, dass er an eine nicht vorhandene Tatsache glaubt oder dass er eine Tatsache wie z.B. die bereits erfolgte Tilgung seiner Schuld, nicht kennt. (2) Im weiteren kann der Irrtum auch auf Unkenntnis oder falschem Verständnis von Rechtssätzen beruhen. (3) Wer jedoch im Zweifel über den Bestand oder Nichtbestand seiner Schuldpflicht gleichwohl freiwillig zahlt, hat nicht im Irrtum bezahlt, sondern um unangenehme Rechtsfolgen, z.B. einen Rechtsstreit, zu umgehen. (4)

Nach Art. 63 OR gilt das Erfordernis des Irrtums nur für den Fall der freiwilligen Zahlung einer Nichtschuld. Demgegenüber kann eine unfreiwillige Zahlung auch dann zurückverlangt werden, wenn die Leistung in Kenntnis der Nichtschuld vorgenommen wurde. Dabei kann die unfreiwillige Zahlung unter dem Einfluss einer Drohung, einer Uebervorteilung oder einem

(1) v.Tuhr A./Siegwart A., a.a.O., S. 407

(2) v.Tuhr A./Siegwart A., a.a.O., S. 408

(3) Oser H./Schönenberger W., Kommentar, Art. 63 OR, N. 8
vgl. BGE 40 II 254, 41 II 485

(4) Guhl H./Merz H./Kummer M., a.a.O., S. 206
v.Tuhr A./Siegwart A., a.a.O., S. 409

Zwang des Vollstreckungsrechtes zustandegekommen. In den ersten beiden Fällen liegt entweder Uebervorteilung nach Art. 21 OR oder Täuschung nach Art. 28ff OR vor, im Falle des Zwanges durch das Vollstreckungsrecht gelten die besonderen Vorschriften von Art. 86 SchKG. (1)

C. Gegenstand und Umfang der Bereicherung

Nach Art. 62 OR besteht die zurückzuerstattende Bereicherung zunächst in dem Gegenstand, welcher ohne Rechtsgrund dem Vermögen des Bereicherten zugekommen ist. Dieser Gegenstand ist, soweit möglich, in natura zurückzugeben. (2) War die grundlose Leistung jedoch derart beschaffen, dass sie nicht zurückgegeben werden kann wie dies z.B. bei Dienstleistungen oder Gebrauchsüberlassungen der Fall ist, so kann für die Rückerstattung nur der Geldwert in Betracht kommen, den die Leistung für den Empfänger hatte. (3)

Nach der Gerichtspraxis hat der Bereicherte ausserdem die bezogenen Früchte, insbesondere bei grundlos geleisteten Zahlungen die Zinsen, zurückzuerstatten. (4)

Nach Art. 64 OR erlischt die Rückerstattungspflicht des gutgläubigen Bereicherten, sofern er zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist. Der Grundgedanke des Gesetzgebers beruht darauf, dass die dem Bereicherten auferlegte Rückerstattungspflicht, sofern ihn kein Verschulden trifft, keinesfalls zu einer Verminderung seines Vermögens führen sollte. (5) So hat er nur das im massgebenden Zeitpunkt noch vorhandene zurückzugeben. (6)

(1) Guhl T./Merz H./Kummer M., a.a.O., S.206
(2) Oser H./Schönenberger W., Kommentar, Art. 64 OR, N. 2
(3) v.Tuhr A./Siegwart A., a.a.O., S. 420
(4) vgl. BGE 40 II 259, 61 II 20, 64 II 134
(5) v.Tuhr A./Siegwart A., a.a.O., S. 421
(6) Guhl T./Merz H./Kummer M., a.a.O., S. 209
vgl. BGE 87 II 139

Wer jedoch den Mangel im Erwerb einer Sache kannte oder kennen musste und daher mit einer Rückerstattung zu rechnen hatte, gilt nach Art. 64 OR trotz Entäusserung weiterhin als bereichert.

D. Der Bereicherungsanspruch

Als Gläubiger in einem Schuldverhältnis aus ungerechtfertigter Bereicherung ist derjenige zu bezeichnen, dessen Vermögen sich grundlos vermindert hat. (1)

Schuldner ist grundsätzlich der Bereicherte. Dieser Grundsatz bedarf jedoch einer näheren Betrachtung. Hat der Erwerber die Sachen weiterveräussert, bevor die Grundlosigkeit zwischen dem ursprünglichen Veräusserer und dem Erwerber entdeckt und geltend gemacht wird, und ist der neue Erwerber gutgläubig, so kann dieser nicht belangt werden. Der Ersterwerber gilt jedoch um die Gegenleistung des Dritten als ungerechtfertigt bereichert, wodurch die Möglichkeit einer Bereicherungsklage gegen den Ersterwerber besteht. Bei unentgeltlicher Veräusserung des grundlos erworbenen Gegenstandes entfällt je doch die Bereicherung des Erwerbers. Eine Bereicherung liegt jedoch beim Beschenkten vor, der diese bei Gutgläubigkeit auf eine gültige Schenkung zurückführen kann. Das BGB hat in § 822 dem Entreicherten einen Anspruch gegen den Beschenkten zugestanden. Das schweizerische Obligationenrecht enthält dagegen keine entsprechende Bestimmung. Von Tuhr/Siegwart (2) gehen jedoch davon aus, dass die Vorschriften von Art. 62ff OR nicht so starr gehandhabt werden dürfen, dass die materielle Gerechtigkeit darunter leidet. Sie anerkennen deshalb, dass dem Entreicherten ein Bereicherunganspruch gegen den Beschenkten eingeräumt werden muss, sofern ihm nicht der Ersterwerber dieser Sache nach Art. 64 OR wegen bösgläubiger Entäusserung haftet. (2)

(1) Guhl T./Merz H./Kummer M., a.a.O., S. 207
(2) v.Tuhr A./Siegwart A., a.a.O., S. 430

Nach Art. 67 I OR verjährt der Bereicherungsanspruch mit Ablauf eines Jahres, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Falle aber nach Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruches.

E. Gesetzliche Sonderregelung im Aktienrecht

Grundsätzlich finden die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes über die Rückerstattungspflicht aus ungerechtfertigter Bereicherung auch auf die Aktiengesellschaft Anwendung, diese werden jedoch für bestimmte Fälle durch spezielle Vorschriften für die Aktiengesellschaft ergänzt. (1)

1. Die Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 OR

Art. 678 I OR besagt, dass der Aktionär, der ungerechtfertigterweise und in bösem Glauben Dividenden oder Bauzinse bezogen hat, zur Rückerstattung verpflichtet ist. Dasselbe gilt für Gewinnanteile der Verwaltung.

Im Gegensatz zu den allgemeinen Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung nach Art. 62ff OR kommt nach Art. 678 OR eine Rückerstattungspflicht nur bei bösgläubigem Empfang der Leistung in Betracht. Dagegen ist die Rückzahlungspflicht unabhängig davon, ob die Bereicherung zum Zeitpunkt der Rückforderung noch vorhanden ist oder nicht.

a) Die Voraussetzungen für die Rückerstattungspflicht

Die Rückerstattungspflicht von Dividenden, Bauzinsen und Gewinnanteilen der Verwaltung wird nach Art. 678 I OR an zwei Voraussetzungen geknüpft. Einerseits wird das objektive

(1) Bachmann G., Kommentar, Art. 632 OR, Anm. 2

Erfordernis der Ungerechtfertigtheit der Leistung, andererseits das subjektive Erfordernis des bösen Glaubens des Leistungsempfängers verlangt.

Dadurch wird der gutgläubige Empfänger von formell beschlossenen, materiell jedoch zu unrecht ausbezahlten Gewinnanteilen oder Bauzinsen von jeder Rückleistungspflicht befreit. Der gutgläubige Empfänger von formell noch nicht beschlossenen, irrtümlicherweise ausbezahlten Gewinnanteilen oder Bauzinsen ist dagegen nicht geschützt. (1)

Voraussetzung für die Ungerechtfertigtheit einer Zahlung ist eine damit verbundene Verletzung einer gesetzlichen oder statutarischen Bestimmung. (2) Gesetzliches Erfordernis für die Auszahlung von Dividenden und Gewinnanteilen an die Verwaltung ist das Vorhandensein eines entsprechenden Reingewinnes oder von frei verfügbaren Reserven (Art. 675 OR). Ueber die Rechtmässigkeit ausbezahlter Bauzinse geben Art. 676 OR und die Statuten Auskunft.

Bösgläubig im Sinne von Art. 678 OR ist derjenige, der den Verstoss einer empfangenen Leistung gegen gesetzliche oder statutarische Bestimmungen kennt oder kennen sollte. (3)

b) Die Aktiv- und Passivlegitimation

aa) Die Aktivlegitimation

Bevor auf Grund der eigentlichen Rückforderungsklage gegen den einzelnen bösgläubigen Empfänger von ungerechtfertigterweise bezogenen Leistungen vorgegangen werden kann, ist durch eine Nichtigkeitsfestellungs- oder Anfechtungsklage der lei-

(1) Edelmann A., Der unberechtigte Empfang von Zinsen und Gewinnanteilen bei der AG, S. 56
(2) Edelmann A., a.a.O., S. 46ff
(3) Bürgi W.F., Kommentar, Art. 678 OR, N. 13ff

stungsbegründende Generalversammlungsbeschluss zu beseitigen. (1) Das Gesetz sagt jedoch nichts darüber aus, wem die Rückforderungsklage zusteht.

Dem Gesellschaftsgläubiger ist eine solche Berechtigung abzusprechen, da er weder mit dem Aktionär noch mit dem Verwaltungsrat durch ein unmittelbares Rechtsverhältnis verbunden ist. Haftungssubstrat des Gläubigers ist einzig das Gesellschaftsvermögen der Aktiengesellschaft.

Auch dem Aktionär steht keine Klagemöglichkeit gegen den Empfänger ungerechtfertigter Leistungen zur Rückerstattung an sich oder an die Gesellschaft zu, da er, ähnlich dem Gesellschaftsgläubiger, in keinem Rechtsverhältnis zu den anderen Aktionären und den Mitgliedern der Verwaltung steht.(2) Siegwart (3) gesteht dem Aktionär jedoch zu, von der Verwaltung klageweise zu verlangen, dass sie die zur Sicherung des Aktienkapitals gebotenen Handlungen vornimmt und gesetzes- und statutenwidrige Auszahlungen unterlässt.

Schlussendlich muss festgestellt werden, dass somit zur Durchführung des gesamten Rückerstattungsverfahrens einzig die Gesellschaft selbst legitimiert ist. (4)

bb) Die Passivlegitimation

Die Passivlegitimation im Rückerstattungsverfahren liegt beim Empfänger der ungerechtfertigten und im bösen Glauben be-

(1) Bürgi W.F., Kommentar, Art. 678 OR, N. 17ff
(2) Edelmann A., a.a.O., S. 103ff
(3) Siegwart A., Kommentar, Einleitung, N. 248
(4) Edelmann A., a.a.O., S. 110ff

zogenen Leistung, somit also bei den Aktionären und den Mitgliedern der Verwaltung. (1)

Trifft zudem die Gesellschaftsorgane ein Verschulden an der ungerechtfertigten Ausschüttung, so bleibt für die Deckung des entstehenden Schadens die Verantwortlichkeit der Organe nach Art. 754 OR vorbehalten. (2)

c) Die Rückerstattung von anderen Leistungen

Art. 678 OR kommt nach dem Willen des Gesetzgebers ausdrücklich die Eigenschaft einer Ausnahmebestimmung zu. (3) Daher sind andere mögliche Fälle von ungerechtfertigter Bereicherung, die nicht in Art. 678 OR aufgezählt sind, gemäss den allgemeinen Bereicherungsformen von Art. 62ff OR zu beurteilen. (4) Das bedeutet, dass in diesen Fällen eine Pflicht zur Rückerstattung auch besteht, wenn der Bereicherte gutgläubig ist.

2. Die Rückerstattungspflicht gemäss Art. 679 OR

Art. 679 OR bestimmt, dass Mitglieder der Verwaltung im Falle des Konkurses der Gesellschaft zur Rückerstattung gewisser, als Gewinnanteile oder unter anderer Bezeichnung gemachter Bezüge verpflichtet sind.

a) Die Voraussetzungen für die Rückerstattungspflicht

Für das Bestehen einer Rückerstattungspflicht sind zwei

(1) Edelmann A., a.a.O., S. 113
(2) Edelmann A., a.a.O., S. 123
(3) Bürgi W.F., Kommentar, Art. 678 OR, N. 28
(4) Edelmann A., a.a.O., S. 121

Voraussetzungen wesentlich. Einerseits müssen die in den letzten drei Jahren vor Konkursausbruch gemachten Zahlungen ein angemessenes Entgelt für Gegenleistungen übersteigen, andererseits hätten sie bei vorsichtiger Bilanzierung nicht ausgeschüttet werden dürfen.

Beide Voraussetzungen sind sehr allgemein gefasst, daher wird in Art. 679 III OR auf das freie Ermessen des Richters verwiesen, der von Fall zu Fall unter Würdigung aller Umstände über den Umfang der Rückzahlungen zu entscheiden hat. (1)

Entgegen der Bestimmung in Art. 678 OR fehlt hier das subjektive Erfordernis der Bösgläubigkeit für die Entstehung einer Rückforderungspflicht. Zudem kann eine Rückleistung nach Art. 679 OR auch nicht gefordert werden, wenn der Empfänger zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist. (2) In mehrfacher Hinsicht deckt sich somit die Regel von Art. 679 OR mit den allgemeinen Bereicherungsvorschriften von Art. 62ff OR.

b) Die Aktiv- und die Passivlegitimation

aa) Die Aktivlegitimation

Die Konkursverwaltung hat den Rückerstattungsanspruch geltend zu machen, unterlässt sie es, so ist nach Art. 260 SchKG jeder einzelne Gläubiger berechtigt, die Abtretung der Forderung zu verlangen. (3) Allfällige Ansprüche von Aktionären gegen Verwaltungsratsmitglieder im Konkurs der Gesellschaft sind entsprechend den Verantwortlichkeitsbestimmungen gemäss Art. 754ff OR zu beurteilen.

(1) Bürgi W.F., Kommentar, Art. 679 OR, N. 6 und 17
(2) Bürgi W.F., Kommentar, Art. 679 OR, N. 2
(3) Bürgi W.F., Kommentar, Art. 679 OR, N. 12
vgl. Art. 756 OR

bb) Die Passivlegitimation

Der Rückerstattungsanspruch hat sich gegen das einzelne Verwaltungsratsmitglied zu richten. (1)

F. Verdeckte Gewinnausschüttung und ungerechtfertigte Bereicherung

Voraussetzung für eine Erstattungsklage ist das Vorliegen einer Bereicherung die ungerechtfertigterweise erfolgt ist, d.h. eine materiell-rechtlich unbegründete Vermögensverschiebung.

Im 1. Kapitel wurde aufgezeigt, dass die Bereicherung nicht zwingendes Tatbestandsmerkmal für verdeckte Gewinnausschüttungen sein muss; in der Regel liegt eine solche jedoch vor, da, wie bereits an der erwähnten Stelle ausgeführt, verdeckte Gewinnausschüttungen nicht anteilsmässig an alle, sondern nur an einen oder wenige Aktionäre erfolgen. Im weiteren ist auf Grund der im 2. Kapitel aufgezeigten Gesetzesverletzungen, die im Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung involviert sind, zu schliessen, dass derartige Ausschüttungen ungerechtfertigt sind. Diese Darlegungen zeigen deutlich, dass eine verdeckte Gewinnausschüttung die Voraussetzungen für eine Erstattungsklage erfüllt. Es gilt nun aber zu beurteilen, ob eine verdeckte Gewinnausschüttung Gegenstand einer Klage im Sinne von Art. 678 OR ist oder ob solche Zahlungen entsprechend den allgemeinen Bereicherungsnormen von Art. 62ff OR zu behandeln sind.

Art. 678 OR nennt als Gegenstand für eine allfällige Rückzahlungspflicht die bezogenen Dividenden, Bauzinse und Gewinnanteile der Verwaltung. Ihm kommt nach dem Willen des Gesetzgebers ausdrücklich die Eigenschaft einer lex specialis

(1) Bürgi W.F., Kommentar, Art. 679 OR, N. 15

zu. Daher sind alle in diesem Artikel nicht aufgeführten möglichen Fälle der ungerechtfertigten Bereicherung nach den allgemeinen Bereicherungsnormen von Art. 62ff OR zu beurteilen, so z.B. offene oder verdeckte Kapitalrückleistungen oder die Auszahlung von Liquidationsanteilen. (1)

Art. 678 OR dient, neben der Erhaltung des Grundkapitals, insbesondere als Schutzbestimmung zugunsten gutgläubiger Gewinnbezüger (2), da der gutgläubige Empfänger von formell beschlossenen, materiell jedoch unbegründet ausbezahlten Gewinnanteilen von jeder Rückleistungspflicht befreit ist. Nicht geschützt dagegen ist der gutgläubige Empfänger eines irrtümlich ausbezahlten, formell noch nicht beschlossenen Gewinnanteils. (3) Voraussetzung für die Anwendung von Art. 678 OR ist daher das Vorliegen eines Generalversammlungsbeschlusses über die Verwendung des Gewinnes, der in Tat und Wahrheit gar nicht in diesem Umfange hätte ausgeschüttet werden dürfen und nur möglich wurde, weil gesetzliche Bestimmungen wie Bewertungsvorschriften oder Reservenzuweisungspflichten verletzt worden sind.

Bei einer verdeckten Gewinnausschüttung liegt dagegen kein formeller Generalversammlungsbeschluss vor. Vielmehr werden solche Zahlungen in der Regel von der Verwaltung in Ueberschreitung ihrer Kompetenzen vorgenommen. Daher scheint uns, dass eine verdeckte Gewinnausschüttung nicht Gegenstand einer Klage im Sinne von Art. 678 OR sein kann, sondern entsprechend den allgemeinen Bereicherungsnormen von Art. 62ff OR zu behandeln ist. Die Pflicht zur Rückerstattung besteht demnach bei verdeckten Gewinnausschüttungen auch dann, wenn der Bereicherte gutgläubig sein sollte.

(1) Bürgi W.F., Kommentar, Art. 678 OR, N. 6
(2) Bürgi W.F., Kommentar, Art, 678 OR, N. 2
(3) Edelmann A., a.a.O., S. 56

Die Erzwingung der Rückerstattung von ungerechtfertigterweise bezogenen Leistungen erfolgt in zwei Schritten, indem vorerst durch eine Feststellungsklage die Nichtigkeit der leistungsbegründenden Handlung zu erwirken und schliesslich in einem zweiten Schritt auf dem Wege der eigentlichen Rückforderungsklage gegen den Zahlungsempfänger vorzugehen ist. Bezüglich der Aktivlegitimation zur eigentlichen Rückforderungsklage ist in Anlehnung an die Ausführungen über Art. 678 OR festzuhalten, dass diese unbestrittenermassen bei der Gesellschaft selbst liegt. Es ist jedoch für den Gläubiger wie auch für den Aktionär ausgeschlossen, selber direkt klagend gegen die Empfänger ungerechtfertigter Leistungen vorzugehen und die Rückerstattung dieser Beträge an an sich oder die Gesellschaft zu fordern, da weder der eine noch der andere in einem unmittelbaren Rechtsverhältnis zu den Leistungsbezügern stehen.

Es muss zum Schluss jedoch festgehalten werden, dass der Empfänger von verdeckten Gewinnausschüttungen in der Regel in der Gesellschaft eine dominierende Stellung innehat, sodass eine Erstattungsklage durch die Gesellschaft eher unwahrscheinlich scheint.

4. Kapitel: ZUSAMMENFASSUNG

In Anlehnung an die bereits im Steuerrecht in einer Vielzahl vorhandenen Definitionen wurde eine für die handelsrechtliche Betrachtung taugliche Umschreibung des Begriffes der verdeckten Gewinnausschüttung abgeleitet:

Eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt dann vor, wenn einem Gesellschafter oder einer ihm oder der Gesellschaft nahestehenden Person bewusst geschäftsmässig nicht begründbare Zuwendungen geldwerter Vorteile durch die Gesellschaft erwachsen, ohne dass diese auf Grund eines Gewinnverteilungs- oder Kapitalherabsetzungsbeschlusses durch die Generalversammlung erfolgen.

Bei der Beurteilung, in welchem Sinne das Gesetz Dritten, d.h. insbesondere Minderheitsaktionären und Gläubigern, Schutz bietet gegen Schädigungen, die ihnen durch verdeckte Gewinnausschüttungen entstehen, ist davon auszugehen, dass das Aktienrecht keine eigentliche Bestimmung über die verdeckte Gewinnausschüttung kennt. Diese steht jedoch eindeutig in Konflikt mit verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen, die zum Schutze der Aktionäre, der Gesellschaftsgläubiger und der Unternehmung selbst erlassen worden sind. Diese sollen insbesondere dazu beitragen, dass die Verwaltung oder Mehrheitsaktionäre einer Gesellschaft die ihnen übertragene Macht nicht zum Schaden anderer missbrauchen.

In diesem Zusammenhang erscheinen die folgenden gesetzlichen Bestimmungen von Bedeutung zu sein:

1. Vorschriften über die Bildung der gesetzlichen Reserven: Eine verdeckte Gewinnausschüttung hat normalerweise einen Verstoss gegen die in Art. 671 Abs. 2 Ziff. 3 OR geregelte Zuweisungspflicht an die ordentliche Reserve zur Folge.

2. Vorschriften über die Buchführung und Bilanzierung:
Eine verdeckte Gewinnausschüttung erfolgt buchhalterisch getarnt. Einerseits werden Buchungen vorgenommen, die die Unternehmung nicht betreffen oder Buchungen weggelassen, die die Unternehmung betreffen. Andererseits werden bei richtigen Buchungsvorgängen die Beträge zu hoch oder zu tief eingesetzt. Dadurch weist die Unternehmung in der Buchhaltung zuviel Aufwand oder zuwenig Ertrag aus, indem fremde Aufwände, die sie nicht betreffen, verbucht werden oder Erträge, die sie betreffen, nicht verbucht werden.
Daher verstösst eine verdeckte Gewinnausschüttung gegen die in Art. 957 OR geforderte ordnungsgemässe Buchführung und zudem in verschiedenen Fällen gegen die in Art. 664ff OR aufgestellten Bewertungsvorschriften.

3. Vorschriften über die Erhaltung des Grundkapitals:
Eine verdeckte Ausschüttung kann soweit gehen, dass nicht nur einbehaltene Gewinne, sondern auch Teile des Aktienkapitals aus- bzw. zurückbezahlt werden. Dies ist dann der Fall, wenn die Ausschüttung grösser ist als das Eigenkapital abzüglich die von den Aktionären einbezahlten Beträge, also abzüglich Aktienkapital und Agio. Ein derartiges Vorgehen verstösst jedoch gegen Art. 680 OR und zudem gegen die in Art. 732ff OR aufgestellten Kapitalherabsetzungsbestimmungen.
Zudem kann eine verdeckte Gewinnausschüttung anlässlich einer ordentlichen Gründung oder Kapitalerhöhung dann gegeben sein, wenn Sacheinlagen oder Sachübernahmen zu einem höheren Wert gutgeschrieben werden, als es der Verkehrswert eigentlich zuliesse. Folge davon ist, dass Aktiven in der Bilanz überbewertet werden, d.h. es liegt die Bilanzierung eines fiktiven Aktivums vor. Eine derartige Bilanzierung verstösst aber gegen Art. 960ff OR.

4. Vorschriften über die Kompetenzordnung der Gesellschaftsorgane:
   Verdeckte Gewinnausschüttungen werden - unter Ausschaltung der Generalversammlung - durch die Verwaltung vorgenommen. Nach den Vorschriften des Obligationenrechtes ist jedoch die Festsetzung der Dividende und des Gewinnanteils der Verwaltung zwingend der Generalversammlung übertragen. Eine verdeckte Gewinnausschüttung verstösst daher gegen Art. 698 OR worin die unübertragbaren Befugnisse der Generalversammlung festgehalten sind.

5. Vorschriften über die Treuepflicht, Sorgfaltspflicht und Gleichbehandlungspflicht:
   Die verdeckte Gewinnausschüttung stellt eine Handlung dar, bei der nicht die Interessen der Unternehmung, sondern diejenigen des Empfängers gewahrt werden. Die Verletzung der Interessenwahrung liegt darin, dass eine Transaktion erfolgt, deren Zielsetzung nicht die Gewinnerzielung für die Unternehmung ist, sondern deren Benachteiligung in dem Sinne, dass die genannte Handlung nicht den der Unternehmung zustehenden Erfolg, d.h. die ihr entsprechende Gegenleistung, einbringt. Eine verdeckte Gewinnausschüttung stellt daher einen Verstoss gegen die den Mitgliedern der Verwaltung auferlegte Treuepflicht dar.
   Schliesslich ist davon auszugehen, dass sämtliche verdeckten Gewinnausschüttungen, die nur zugunsten eines oder weniger, aber nicht aller Aktionäre erfolgen, einen Verstoss gegen den Grundsatz der gleichmässigen Behandlung der Gesellschafter darstellen.

Für die Durchsetzung der oben erwähnten Schutznormen stehen der Gesellschaft, dem Aktionär und dem Gesellschaftsgläubiger verschiedene Sanktionsmöglichkeiten zu. Es ist jedoch davon auszugehen, dass in vielen Fällen in der Praxis eine

erfolgreiche Beweisführung äusserst erschwert ist, da die Verwaltung es weitgehend in der Hand hat, dem Kläger unter Berufung auf den Schutz der Gesellschaftsinteressen die Auskunftserteilung zu verweigern.

Die Feststellungsklage auf Nichtigkeit muss generell als wirksamste Möglichkeit angesehen werden, um gegen Schädigungen durch verdeckte Gewinnausschüttungen vorzugehen. Demgegenüber muss die Anfechtungsklage als untaugliches Instrument bezeichnet werden. Eine Verantwortlichkeitsklage im Sinne von Art. 754 OR ist denkbar, sind doch im Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung sämtliche Haftungsvoraussetzungen erfüllt. Schliesslich wurde festgestellt, dass eine Klage nach Art. 678 OR wegen ungerechtfertigter Bereicherung unmöglich ist und dass höchstens eine Klage entsprechend den allgemeinen Bereicherungsnormen von Art. 62ff OR angestrebt werden kann.